

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FERNANDA VERONEZE**

**O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O  
DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE NA PRESPECTIVA DA AUTONOMIA  
DO PACIENTE**

Florianópolis (SC), 02 de Dezembro de 2016

**FERNANDA VERONEZE**

**O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O  
DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE NA PRESPECTIVA DA AUTONOMIA  
DO PACIENTE**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina, como requisito à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.**

**Orientadora:** Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “ O Direito de Morrer: A Validade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, elaborado pela acadêmica **Fernanda Veroneze**, defendido em 02/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016

  
\_\_\_\_\_  
Renata Raupp Gomes  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
Paulo Roney Avila Fagundez  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluna: Fernanda Veroneze

RG: 8.490.030-3

CPF: 058.938.909-22

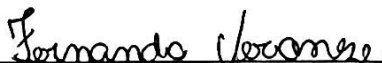
Matrícula: 12101401

Título do TCC: O Direito de Morrer: A Validade do Testamento Vital no  
Ordenamento Jurídico Brasileiro

Orientadora: Renata Raupp Gomes

Eu, Fernanda Veroneze, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir  
integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado  
no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.

  
\_\_\_\_\_  
Fernanda Veroneze

Aos meus pais, pelo amor e incentivo eterno.

À minha irmã, minha melhor amiga e conselheira.

Ao meu amor, pelo brilho que ilumina a minha vida.

Às minhas amigas, pela energia que contagia meus dias.

À professora orientadora, pelos ensinamentos e paciência.

Doutor, agora que estamos sozinhos quero lhe fazer uma pergunta: “Será que saio dessa?” Mas, por favor, não me responda agora, porque sei o que vai dizer. O senhor vai desconversar e responder: “Estamos fazendo tudo o que é possível para que você viva”. Mas nesse momento não estou interessada naquilo que o senhor e todos os médicos do mundo estão fazendo. Olhe, sou mulher inteligente. Sei a resposta para a minha pergunta. Os sinais são claros. Sei que vou morrer...

A morte de uma pessoa é um evento único, nunca houve e nunca haverá outro igual. Minha morte será única no universo! Uma estrela vai se apagar... Nesse ponto seus remédios são totalmente inúteis. Mas há algo que eles podem fazer. Não quero morrer com dor. E a ciência tem recursos para isso... A vida humana tem a ver com a possibilidade de alegria! Quando a possibilidade de alegria se vai, a vida humana se vai também. E esse é meu último pedido: Quero que minha sonata termine bonita e em paz. Rubem Alves<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ALVES, Rubem. Sobre a morte. Revista Bioética: Brasília, vol. 13, n. 2, 2015, p. 35-37.

## RESUMO

O presente estudo analisou a possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento foi o monográfico, mediante as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Assim, na busca da sustentação da ideia exposta, iniciou-se uma análise do princípio da autonomia privada, principalmente no que diz respeito a sua influência no processo de morrer. A ingerência da medicina e da bioética na conquista de uma morte digna, foi o assunto abordado na sequência. Adiante, tendo sido comprovado que o ser humano foi elevado à posição de protagonista de sua própria vida, se iniciou um estudo das diretivas antecipadas de vontade, documento apto a preservar a autonomia do paciente no processo de morrer. Analisou-se as modalidades desse instrumento, seus requisitos de elaboração, bem como sua forma de revogação. O estudo foi afunilado com o destrinchamento do testamento vital, espécie do gênero diretiva antecipada de vontade. Por fim, o presente estudo foi finalizado com a sustentação da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise de leis constitucionais, de seus princípios intrínsecos, bem como de leis infraconstitucionais e resoluções já aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina.

**Palavras-chaves:** Autonomia pessoal. Doente terminal. Bioética. Diretivas antecipadas de vontade. Testamento vital. Direito de morrer.

## **ABSTRACT**

This present study analyzed the possibility of Living Will at the Brazilian legal system. The used method to address the study was the deductive and the process was the monographic, through the techniques of bibliographical research and case law. Therefore, in the search of the support of the exposed thesis, primarily with regard to their influence in the dying process. The interference of medicine and the bioethics at the conquest of a respectful death was the subject of the next topic. Going forward, having been proved that the human being was raised to the position of leading figure of his own life a study of anticipated directives of will was begun. The main purpose of the document of living will is to preserve the patient's autonomy in the process of dying. After the introduction of this document, it analyzed the modalities of this instrument, its elaboration requirements, as well as its form of revocation. The study was restricted to the splitting of the living will, specie of the genus directive anticipated of will. Ultimately, the present study was finished with the sustentation of the thesis that the living will is legal in respect of the Brazilian law system, this have the sustentation on the analyses of the constitutional laws, and the principles intrinsic to it, as well as infraconstitutional law and resolutions already approved by the Federal Council of Medicine.

**Keywords:** Personal autonomy. Terminal illness. Bioethics. Advanced Care Documents. Living will. Right to die.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 A AUTONOMIA NO ADEUS A VIDA.....</b>	<b>13</b>
1.1 AUTONOMIA PRIVADA NO FIM DA VIDA .....	13
1.1.1 A Evolução e a Aplicação Da Autonomia Privada No Ordenamento Jurídico Brasileiro ....	15
1.1.2 Autonomia Privada e Seu Alcance Jurídico Temporal.....	18
1.1.3 O Consentimento Livre e Esclarecido.....	21
1.2 A TERMINALIDADE DA VIDA .....	26
1.2.1 A Morte Digna Como Direito Fundamental.....	28
1.2.2 A Bioética no Processo de Morrer .....	34
1.2.3 A Medicina no Adeus a Vida .....	35
<b>2 SEJA FEITA A MINHA VONTADE .....</b>	<b>40</b>
2.1 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	40
2.1.1 Modalidades .....	43
2.1.2 Capacidade .....	47
2.1.3 Revogação .....	50
2.2 TESTAMENTO VITAL .....	53
2.2.1 Aspectos Gerais.....	55
2.2.2 A Execução .....	59
2.2.3 A Experiência Estrangeira.....	62
<b>3 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>68</b>
3.1 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	69
3.2 AUSÊNCIA NORMATIVA E A APLICAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL.....	73
3.3 RESOLUÇÃO 1805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	77
3.4 RESOLUÇÃO 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	80
3.5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....	86
3.6 PROPOSIÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO .....	92
3.6.1 Conteúdo .....	93
3.6.2 Forma .....	95
3.6.3 Discernimento .....	97

3.6.4	Prazo de Validade.....	97
3.6.5	Eficácia.....	98
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>99</b>
<b>5</b>	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução técnico científica que ocorreu nos últimos anos, irradiou seus efeitos e causou mudanças no modo de vida. No que toca a medicina essas mudanças são bem evidentes. A relação médico-paciente historicamente foi marcada por uma verticalização de atos, o curso do tratamento do paciente era guiado, em quase sua totalidade, pelo profissional da saúde, o que assinalou uma era de paternalismo médico.

As vicissitudes do conhecimento científico, colocaram um poder quase que absoluto nas mãos do sujeito ativo do tratamento, o que retirava do paciente o domínio sobre sua própria vida. Não raras foram as vezes em que o doente se reduziu a um objeto do tratamento, tendo sua vida prolongada indistintamente por atitudes heroicas que não traziam benefício algum, senão a manutenção de uma vida já indigna.

Após o terror vivenciado nas guerras mundiais, o mundo passou a valorizar o ser humano, ascendendo-o à posição de dono da própria vida e história. Muitos ordenamentos jurídicos colocaram a pessoa humana em seus centros, e no Brasil não foi diferente. Com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o princípio da dignidade humana tornou-se um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Iniciou-se assim, um caminhar pela valorização e afirmação do princípio da autonomia privada. Foi dado ao sujeito de direito o papel de protagonista de sua vida. Vagarosamente retirou-se a coroa do paternalismo médico. A relação médico-paciente começou a ser marcada por um auxílio mútuo, em que a conduta do médico está submetida à manifestação da vontade do paciente.

A dignidade humana, assim, alcançou um patamar tão significativo que consegue ultrapassar a barreira da vida, atingindo a morte, isto porque, a partir do momento em que não se pode mais viver com dignidade, surge o direito à morte digna. A chegada ao fim da vida, na forma mais íntegra possível, tem sido objeto de várias discussões mundo afora.

É nesse contexto que emerge as diretivas antecipadas de vontade, documento que expressa a manifestação de vontade do paciente acerca dos tratamentos e cuidados médicos que deseja ser submetido, em casos de ocorrer a incapacidade de exprimir, autonomamente, seus desejos. O cerne deste documento é o exercício da autonomia do paciente.

Diretiva antecipada de vontade é gênero, sendo o testamento vital e o mandato duradouro suas espécies. O primeiro diz respeito a um documento que passa a ter validade e eficácia em casos de terminalidade da vida, ou seja, casos em que a morte é um evento inevitável e iminente. Seu objeto gira em torno da recusa ou aceite de tratamentos e cuidados extraordinários. Ao passo que, o mandato duradouro tem sua validade e eficácia evidenciada nos momentos de incapacidade do paciente, ou seja, quando este não puder manifestar autonomamente suas pretensões. Este último, consiste em escolher um representante que possa externalizar os desejos do enfermo em seu lugar.

As diretivas antecipadas de vontade apesar de estarem presentes em diversos ordenamentos alienígenas, até o momento, no Brasil carecem de regulamentação, salvo a resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina que iniciou a discussão sobre este instituto em solo tupiniquim.

A ausência de regulamentação, entretanto, não impede a assunção da validade das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. É esta a tese que este trabalho propõe desenvolver através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, mediante o método dedutivo.

Nessa empreitada, o primeiro capítulo tem escopo de discutir a autonomia do paciente no processo de morte. Há um intenso estudo sobre como foi conquistada essa autonomia, como ela se sustenta na atual Constituição da República e de que forma tem seus efeitos lançados para um futuro porvir. Paralelamente o capítulo traz a noção de finitude da vida, analisando qual o papel da medicina e da bioética no adeus a vida.

Em sequência, inicia-se um estudo aprofundado sobre a definição do instituto das diretivas antecipadas de vontade, suas modalidades e requisitos exigidos, bem como a forma de revogação. Por conseguinte, a análise é afunilada, o foco passa a ser o estudo da espécie de diretiva antecipada de vontade aplicada nos casos de terminalidade da vida, qual seja, o testamento vital. Nessa sistemática, o exame deste instrumento de autonomia mira seus aspectos gerais, a forma de execução e as experiências estrangeiras ao regulamentarem o testamento vital em seus ordenamentos.

Isto posto, o terceiro capítulo foca na comprovação da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, objetivo central deste estudo. Para tanto, investiga-se quais garantias constitucionais tem a possibilidade de sustentar esta almejada validade, além de trazer

à baila leis infraconstitucionais e resoluções do Conselho Federal de Medicina que possuem a capacidade de garantir a licitude do documento em questão.

O trabalho é finalizado com apresentações de proposições acerca da inserção do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, com base nas experiências estrangeiras e nas leis brasileiras.

Por fim, a proposta desta pesquisa consiste na verificação da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de seus fundamentos em harmonia com a Constituição da República Federativa do Brasil, seus princípios intrínsecos, bem como as leis infraconstitucionais.

## **1 A AUTONOMIA NO ADEUS A VIDA**

Com os avanços técnicos científicos iniciou-se um caminhar obcecado pela manutenção da vida a qualquer custo. Tradicionalmente a conduta médica foi caracterizada por um paternalismo, o que fazia com que os profissionais da área da saúde decidissem sozinhos o rumo dos tratamentos a serem aplicados aos enfermos.

Após os horrores vivenciados nas guerras mundiais, o mundo começou a valorizar o ser humano, muitos ordenamentos jurídicos passaram a considerar a pessoa humana como seu centro. No Brasil não foi diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe o princípio da Dignidade Humana ao centro do ordenamento jurídico brasileiro.

Sob esta perspectiva, iniciou-se uma valorização do ser humano. Houve a extrapolação do princípio da autonomia, este deixou de ser somente aplicado na área patrimonial, como também lançou seus efeitos no campo existencial. Concedeu-se ao particular o poder de se autodeterminar, potencializou-o a sujeito de direito. Admitiu-se, portanto, que o princípio da dignidade humana revelou um sujeito apto a protagonizar sua própria vida, fazendo jus a sua autonomia existencial.

Dessa maneira, refletido no âmbito médico, a valorização da autodeterminação e do princípio da dignidade humana, abriu precedentes para descoroar o paternalismo médico. Assim, estuda-se no presente capítulo a forma com que a autonomia individual é expressão da dignidade humana e como pode um paciente garantir que suas vontades e desejos sejam ouvidos, mesmo em situações em que não pode se manifestar.

### **1.1 AUTONOMIA PRIVADA NO FIM DA VIDA**

Durante muito tempo, por autonomia se entendia como um instrumento que materializava um ato de vontade com teor estritamente patrimonial, como o vivenciado nas relações negociais de contratos e gozo da propriedade. Na contemporaneidade, pode se dizer que a autonomia privada extrapola esse viés unicamente patrimonial. O terror vivenciado durante as guerras mundiais, levou o mundo a dirigir um olhar para a pessoa humana, colocando-a no centro de vários sistemas jurídicos. No Brasil, essa valorização da pessoa

materializou-se com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, através do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>.

A partir dessa centralização da pessoa, criou-se um novo paradigma acerca do viés existencial da autonomia privada, o que não está atrelado à patrimonialidade. Iniciou-se assim, um caminhar para resguardar as manifestações de vontade sobre as situações existenciais, devendo se encontrar um espaço exclusivo para decisões pessoais, protegido pela Constituição Federal, livre de interferências externas.

Conforme Heloisa Barboza<sup>3</sup>, por autonomia pode se entender como o reconhecimento do poder do sujeito privado de se autorregular nos limites da lei, tendo na Constituição da República sua expressão maior. Assim, na visão da autora, a autonomia privada será merecedora de tutela e reconhecimento quando representar um valor constitucional.

“Debaixo do meu manto ao rei mato”<sup>4</sup>, essa frase, presente no livro D. Quixote de La Mancha, representa bem a ideia de autonomia; na vida privada não há rei que deva governar os interesses individuais, afinal, ninguém melhor do que o próprio sujeito para manifestar suas vontades.

Autonomia, nas palavras de Luciana Dadalto e Ana Carolina Teixeira<sup>5</sup>, consiste no autogoverno, em fazer as próprias leis que devem coexistir harmoniosamente com as ditadas pelo Estado. Seria o reconhecimento da decisão individual livre sobre seus próprios interesses sem afetar os interesses de terceiros.

Por isso, questões afetas à intimidade, à privacidade, à vida privada de maneira geral, competem apenas à pessoa a decisão do que fazer e do que não fazer. Afinal, ninguém melhor do que a própria pessoa para decidir qual a melhor decisão quando estiver diante de questões afetas a si mesmo e à sua individualidade, pois num Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos o pluralismo jurídico e a dignidade humana, cada um tem a

---

<sup>2</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 58-59.

<sup>3</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31-49.

<sup>4</sup> SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. *D. Quixote de La Mancha*. p. 16 <<http://bit.ly/1KBCAZ1>>. Acesso em 26.09.2016.

<sup>5</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 58-59.

ampla liberdade para construir o próprio projeto de vida dentro daquilo que considera bom para si <sup>6</sup>.

“A palavra autonomia deriva da conjunção de dois termos gregos: *autos* (próprio, por si mesmo, ele mesmo) e *nomos* (regra governo ou lei) ”<sup>7</sup>. Enquanto exercício da liberdade, a autonomia privada constitui instrumento de expressão da dignidade humana, sendo a partir desse princípio que se pondera o direito à vida e o direito à liberdade, ambos agasalhados pela constituição. Para ser digna, a vida há de ter qualidade.

O direito à vida é base de toda garantia e direito do homem. O princípio da dignidade humana, abraça qualquer indivíduo que se sujeite às normas brasileiras. Quando se fala em dignidade humana, é possível estender seus efeitos até para depois da vida, isto porque, a partir do momento em que não se pode mais viver com dignidade, surge o direito de uma morte digna<sup>8</sup>.

#### 1.1.1 A EVOLUÇÃO E A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Arelada ao indivíduo, a autonomia significa o poder de estabelecer para si as regras da sua própria conduta<sup>9</sup>. Como bem ressalta Silma Mendes Berti e Carla Vasconcelos Carvalho, autonomia é “uma característica eminentemente humana, a de ser dotado de livre arbítrio, pois o homem, à diferença dos outros seres, não fica preso a um agir instintivo, conforme as leis comportamentais ditadas pela natureza, senão que define o desenvolvimento de seu ser”<sup>10</sup>.

Há não muito tempo atrás, o exercício da autodeterminação repousava apenas no campo patrimonial, este pautado pelo individualismo, o *pacta sunt servanda* e a propriedade absoluta. Com a égide do Estado Democrático de Direito, a propriedade passou a ser conformada pela função social, passando os contratos a serem balizados pela boa-fé e pela proteção de vulneráveis.

---

<sup>6</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 60.

<sup>7</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 98.

<sup>8</sup> XIMENES, Rachel Letícia Curcio. *Testamento vital e o direito à dignidade*. Jornal Carta Forense <[www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080)>. Disponível em: 18.02.2014. Acesso em: 09.06.2016.

<sup>9</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7-8.

<sup>10</sup> BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. *O papel da bioética na promoção da autonomia do sujeito*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 24.



A partir desse momento se passou a dividir as situações jurídicas em patrimoniais e existenciais. As patrimoniais concebidas como situações obrigacionais contratuais, reais e creditícias, sendo as existenciais atinentes ao direito de personalidade<sup>11</sup>.

Pode-se dizer que hoje ocorre a proliferação saudável da prática do exercício da autodeterminação para além do campo patrimonial. A autonomia privada adquiriu novos matizes.

O princípio da dignidade da pessoa humana descortina uma faceta até então estranha aos civilistas: subjacente ao indivíduo abstrato e agente de posições patrimoniais, há um ser humano real, de carne e osso, “gente”, titular de direitos da personalidade, apto a protagonizar a sua trajetória de vida e se responsabilizar por suas escolhas<sup>12</sup>.

Assim, lateralmente à autonomia contratual, revela-se a autonomia existencial. A nova perspectiva de autonomia nos enxerga como seres capazes de “realizar negócios jurídicos cujo objeto envolva múltiplos aspectos da liberdade de desenvolvimento da personalidade, pela materialização daquilo que nos torna únicos”<sup>13</sup>.

Alguns autores dividem o princípio da autonomia entre autonomia privada e autonomia da vontade. A despeito dessas discussões, é fato que a nomenclatura “autonomia da vontade” vem sendo substituída pela “autonomia privada”<sup>14</sup>, motivo pelo qual este é o termo utilizado neste trabalho.

É inegável que quando se fala em autonomia privada não se pode separá-la de um princípio fundamental da Constituição da República do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana. Posto que, tal princípio é um atributo de todos os seres humanos, e como qualidade intrínseca da pessoa humana não pode ser renunciado ou alienado<sup>15</sup>. É esse princípio que garante que seja oferecido os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, sendo propiciado condições mínimas para desenvolver as potencialidades de cada um<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

<sup>12</sup> ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: < <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/04/14/R%C3%A1pidas-palavras-sobre-autonomia-privada>>, acesso em: 26.10.2016.

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: < <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/04/14/R%C3%A1pidas-palavras-sobre-autonomia-privada>>, acesso em: 26.10.2016.

<sup>14</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

<sup>15</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de P; BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo. (Orgs.). *Bioética, Cuidado e Humanização*. Vol. II. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014, p. 349-354.

<sup>16</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

Exposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana orienta a interpretação e aplicação das demais normas pertencentes ao ordenamento jurídico, estando, portanto, ao centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro<sup>17</sup>.

Sob esta perspectiva, pode-se dizer que a manifestação da autonomia privada nas situações de fim da vida está diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e às suas decisões sobre o processo de morrer. Pontua-se que embora o direito à vida, também assegurado na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, *caput*), “constitua prerrogativa inviolável, deve ser sempre visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: se a vida é um pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna”<sup>18</sup>.

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, é marcado pela limitação do poder estatal, uma vez que o poder político é articulado pelo povo. Neste, o cidadão torna-se partícipe da Constituição. A Carta Magna volta-se à proteção de liberdades individuais e interesses coletivos. “Sob esta perspectiva, os projetos individuais de vida, expressão da autonomia privada, não podem sobrepor-se aos demais indivíduos”<sup>19</sup>. A Constituição vigente, portanto, “é um marco normativo da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro”<sup>20</sup>.

A autonomia privada, como princípio jurídico, é norma jurídica que concede aos particulares o poder de regular, pelo exercício de suas próprias vontades, as relações de que fazem parte, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica<sup>21</sup>.

O testamento vital é uma situação jurídica existencial, e por situação jurídica se entende como “um conjunto de direitos ou deveres que atribuem a um determinado sujeito”<sup>22</sup>.

Desta feita, conforme destaca Luciana Dadalto<sup>23</sup>, pode-se dividir as situações jurídicas em patrimoniais e existenciais. As primeiras são as situações decorrentes de obrigações

---

<sup>17</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de P; BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo. (Orgs.). *Bioética, Cuidado e Humanização*. Vol. II. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014, p. 349-354.

<sup>18</sup> FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 276.

<sup>19</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14-15.

<sup>20</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

<sup>21</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco, 2006, p. 186, apud DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

<sup>23</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7-18.

contratuais, creditícias e reais, e as segundas são aquelas atinentes aos direitos da personalidade, direito de família ou até de sucessões.

Antes da formação do Estado Democrático de Direito, entendia-se por autonomia da vontade apenas situações de cunho econômico, elaboração de contratos ou propriedades, baseando-se em situações de transmissão de titularidades. Com a elaboração da Constituição Federal de 1988, passou-se a valorizar o ser humano, voltando o foco para as pessoas que se encontravam nos polos dos negócios jurídicos, surgindo o princípio da autonomia privada (informação verbal)<sup>24</sup>.

A consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada, é o respeito à dignidade humana. Potencializou-se o sujeito de direitos, passando a enxergá-lo como merecedor de respeito.

Assim, situações que envolvam idoso, relações conjugais, técnicas de reprodução assistida, filiação, biotecnologia, direito de morrer e direito ao corpo, entre outras, são situações jurídicas existenciais que passaram a ser mais discutidas pela doutrina brasileira após a Constituição de 1988 e após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, vez que todas essas situações tutelam a autonomia da pessoa humana em suas mais variadas facetas<sup>25</sup>.

Havendo essa expansão de compreensão de autonomia, em que não mais se vê este princípio como privativo das relações contratuais, admite-se que o princípio da dignidade humana revela um sujeito titular de direitos da personalidade apto a protagonizar sua própria vida, fazendo jus a sua autonomia existencial<sup>26</sup>.

### 1.1.2 AUTONOMIA PRIVADA E SEU ALCANCE JURÍDICO TEMPORAL

No que toca o alcance jurídico temporal da autonomia privada é necessário algumas ponderações. Pergunta-se: a autonomia privada possui projeção futura? “Seria possível a validade e eficácia de um documento que, feito num momento de intangibilidade psíquica, produzisse efeitos posteriormente, quando da ausência de discernimento, em razão de doença

---

<sup>24</sup> Informação verbal fornecida por Nelson Rosenvald, no II Forum Atlas de Direito Civil e Processo Civil, na Faculdade de Direito UFC, em 21 de maio de 2015.

<sup>25</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

<sup>26</sup> ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: < <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/04/14/R%C3%A1pidas-palavras-sobre-autonomia-privada>>, acesso em: 26.10.2016.

grave geradora do estado de terminalidade”<sup>27</sup>? Para Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva<sup>28</sup>, é perfeitamente possível e válida a projeção da autonomia privada para o futuro.

Explica-se. A Lei n. 9.434/97 dispôs sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Quando editada, compreendeu-se presumida e válida a manifestação de vontade pela doação de órgão. Essa situação foi reformada pela Lei n. 10.211/01, que “atribuiu à família a decisão pela doação dos órgãos, desconsiderando totalmente a vontade da pessoa”<sup>29</sup>. Tal retrocesso foi corrigido na IV Jornada de Direito Civil com a aprovação Enunciado nº 277, que trata a respeito do artigo 14 do Código Civil.

Enunciado nº 277. Art 14 do Código Civil, ao afirmar a validade sobre a disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto a aplicação do art. 4º da Lei 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador<sup>30</sup>.

É evidente que o referido enunciado veio conferir eficácia futura à vontade da pessoa expressada previamente, já que ninguém melhor do que ela para decidir acerca da sua personalidade. Nota-se que a vontade futura expressada previamente é um exercício da autonomia privada, portanto, pode-se admitir que é cabível e válida sua projeção futura.

“Certo é que a projeção de uma autonomia para o futuro pressupõe um ato jurídico capaz de antecipar a vontade individual, a fim de que seus efeitos possam ser verificados para o futuro”<sup>31</sup>. Designa-se “declaração de vontade” o ato de exercício da autonomia, sendo que essa apenas tem relevância quando declarada<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61.

<sup>28</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61.

<sup>29</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 62.

<sup>30</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 277 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, Brasília, outubro/2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2bs9uhY>>. Acesso em: 10.10.2016.

<sup>31</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 176.

<sup>32</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 37.

Desta feita, nos casos de terminalidade da vida<sup>33</sup>, em que o paciente não possui chances de recuperação, ou seja, a morte é algo inevitável, discute-se a possibilidade de projetar a declaração de vontade do sujeito enfermo, expressão máxima de sua autonomia, para gerar efeitos no momento em que estiver incapacitado de se expressar livremente e autonomamente. O ato jurídico capaz de antecipar a vontade individual desses pacientes denomina-se diretivas antecipadas de vontade<sup>34</sup>.

As diretivas antecipadas de vontade têm a função de dar ao paciente o poder de recusar tratamentos e, também, de escolher, dentre aqueles possíveis, o tratamento que lhe convém, o que significa que estamos diante do exercício da autonomia privada do paciente. Acontece que esse instrumento serve para a manifestação de vontade para o futuro, em caso de estado de inconsciência<sup>35</sup>.

As diretivas antecipadas de vontade são gêneros, do qual o testamento vital é espécie. Este documento expressa a vontade da pessoa que se encontra no estado de terminalidade, sendo possível afirmar que ele, assim como as declarações de doadores de órgão, confere eficácia futura à vontade da pessoa<sup>36</sup>.

A sociedade em que vivemos é multicultural e plural, cada um detém a autonomia de elaborar um projeto de vida que condiga com seus valores, anseios e crenças. É por essa razão que não é possível privar alguém de decidir sobre como quer viver a própria morte<sup>37</sup>.

Nesse viés, resta evidente que o principal meio de concretizar a dignidade se dá através da realização de atos que reflitam decisões autônomas, cada pessoa deve definir como viver e construir a própria dignidade.

Nesse sentido, impedir a pessoa de viver de forma coerente com seus ideais – principalmente, no que tange aos aspectos da sua maior intimidade – viola o espaço de decisão pessoal que o legislador constituinte reservou para cada um. A autodeterminação sobre eventual terminalidade seria uma das manifestações de maior intimidade da pessoa humana, pois cabe a ela decidir a melhor forma de viver o fim da vida, de modo que ninguém – família,

---

<sup>33</sup> ROCHA, Andréia Ribeiro da, et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente terminal: reflexões bioéticas*. Revista bioética, v. 21 n.1, 2013, p. 84-95.

<sup>34</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 176-177.

<sup>35</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 176.

<sup>36</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 62.

<sup>37</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61-64.

médico ou Estado-, possui ingerência sobre esta decisão. Pensar o contrário significa ferir de morte as bases do Estado Democrático de Direito: dignidade e pluralismo <sup>38</sup>.

Há de se destacar que autonomia também é considerada um princípio bioético, que nos casos ter terminalidade da vida, concede ao paciente terminal o papel de protagonista de seu tratamento, quando bem informado. Não cabe ao paciente no estado de terminalidade a ideia paternalista de privá-lo das informações de seu quadro clínico, já que a autonomia pressupõe a sua participação nesse processo<sup>39</sup>.

Assim não há nenhum óbice que “impeça a atribuição de validade e eficácia à projeção futura da autonomia, desde que instrumentalizada quando a pessoa está dotada de discernimento e tem consciência de seus atos, bem como dos efeitos desses sobre si mesmo”<sup>40</sup>.

Diante da validade e eficácia da projeção futura da manifestação da vontade, Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto Penalva<sup>41</sup> entendem que o instrumento que irá garantir a autonomia do paciente terminal é o chamado testamento vital, a ser estudado a diante.

### 1.1.3 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

A autonomia privada do sujeito, como dito, deve ser entendida como o poder de perseguir seu interesse individual sem afetar a coletividade, respeitando os limites constitucionais. No âmbito do direito médico, o consentimento informado é o instrumento capaz de garantir o pleno respeito a autonomia do paciente<sup>42</sup>.

O exercício da autonomia pressupõe a detenção de informações, sendo que o paciente deve ter acesso a todos os dados relevante capazes de auxiliá-lo no processo decisório de forma

---

<sup>38</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61-64.

<sup>39</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61-64.

<sup>40</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 63.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena.; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61-64.

<sup>42</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

livre e independente de influências externas. A omissão de informações relevantes no processo decisório irá limitar a autonomia do sujeito<sup>43</sup>.

O consentimento livre e esclarecido, segundo Luciana Dadalto<sup>44</sup>, é a expressão da autonomia do paciente, ou seja, sua expressão da manifestação da vontade. Para Marques Filho, “o consentimento informado é a expressão prática do respeito à autonomia das pessoas”<sup>45</sup>. Na visão de Desiré Carlos e Reinaldo Ayer, “o consentimento informado, ou como denominado no Brasil, consentimento livre e esclarecido, compreende a aprovação expressa ou tácita do paciente quanto a permitir ou participar de determinado procedimento, diagnóstico ou terapêutico”<sup>46</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que o conceito de consentimento livre e esclarecido se atrela ao de autonomia, tendo em vista que autonomia pressupõe uma vontade livre. É condição indispensável da relação médico-paciente.

O consentimento livre e esclarecido é espécie do gênero consentimento e pressupõe que o sujeito que consentirá com um negócio jurídico seja autônomo e tenha conhecimento claro e necessário sobre o negócio que será efetuado<sup>47</sup>.

A finalidade maior do consentimento informado é a concretização (ou não) de um acordo sobre o escopo, as finalidades e os limites da atuação médica. Além disso, consiste no único meio possível de definir, num caso concreto e unicamente aplicável a esse, aquilo que possa ser considerado como “bom” para o interessado<sup>48</sup>.

Previsto na constituição (art. 5º, XIV, CF), o direito à informação diz respeito ao direito de todo cidadão de ter acesso a qualquer tipo informação, resguardando o sigilo da fonte quando

---

<sup>43</sup> MARQUES, Filho José. *Termo de consentimento livre e esclarecido na prática hematológica*. Rev. Bras. Reumatol. 2011, vol. 51, n. 2, p. 175-183.

<sup>44</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57-60.

<sup>45</sup> MARQUES, Filho José. *Termo de consentimento livre e esclarecido na prática hematológica*. Rev. Bras. Reumatol. 2011, vol. 51, n. 2, p. 175-183.

<sup>46</sup> CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. *Consentimento livre e esclarecido na anestesiologia*. Revista Bioética, vol, 18, n. 2, 2010, p. 363.

<sup>47</sup> RUGER, André. *Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber*. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2fXOnpP>>. Acesso em: 30.09.2016.

<sup>48</sup> RUGER, André. *Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber*. Belo horizonte, 2007, p. 160. Disponível em: <<http://bit.ly/2fXOnpP>>. Acesso em: 30.09.2016.

necessário. Em se tratando da relação médico-paciente, pode-se dizer que o médico tem o dever de prestar informações ao paciente sobre seu estado e a evolução de seu quadro clínico<sup>49</sup>.

Conforme dispõe o artigo 14, §4º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a relação médico-paciente é consumerista e por esse motivo o direito à informação do paciente também está resguardado no artigo 6º, inciso III, do referido diploma legal, que dispõe:

Artigo 6º: São direitos básicos do consumidor

[...]

III- a informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem<sup>50</sup>.

De forma ainda mais evidente, o dever médico de manter o paciente informado acerca do tratamento que poderá ser submetido, está previsto no Código de Ética Médica, em seu artigo 34 ao vetar o médico de “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita a seu responsável legal”<sup>51</sup>.

Assim, o direito do paciente à informação não só está embasado em direito constitucional (artigo 5º, inciso XIV, CF), como também se evidencia no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 59 do Código de Ética Médica, sendo claro que o médico tem o dever de manter o paciente informado acerca dos tratamentos em que será submetido<sup>52</sup>.

Agora, há a ressalva de que não basta o paciente ter apenas o acesso a informação, é necessário que ele verdadeiramente entenda as informações a que teve acesso, tomando sua decisão livre de ingerência externa. Nesse sentido é que a doutrina contemporânea substituiu a expressão “consentimento informado” por “consentimento livre e esclarecido”, pois entende

---

<sup>49</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57-72.

<sup>50</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 02.10.2016.

<sup>51</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931*, de 19 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em: < <http://bit.ly/2fvK87X> >. Acesso em: 30.09.2016.

<sup>52</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58-66.



que o ato de consentir deve ser livre de qualquer influência externa capaz de viciar a decisão do paciente<sup>53</sup>.

Assim, o pleno respeito à autonomia do paciente somente estaria contemplado se e quando o médico estabelecer canal de comunicação claro e completo com o mesmo, de forma a não apenas informar-lhe do mal que o aflige, mas também dos exames necessários, tratamentos possíveis e consequências advindas de todo o plano de ação médica<sup>54</sup>.

“O direito do paciente ao consentimento informado protege e promove a sua autonomia. Por isso, o ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e basear-se na revelação exata das informações”<sup>55</sup>.

Há quem acredite que o dever de esclarecimento cerceie a autonomia profissional do médico. Todavia, conforme Código de Ética Médica prevê, se o médico está convencido de que dar as informações causarão danos ao paciente, está dispensado da obrigação da informação. Existe a ponderação entre o dever de esclarecer com a obrigação de agir com cautela<sup>56</sup>.

A relação médico-paciente é vista sob a ótica jurídica como um acordo de vontade entre as partes, objetivando um valor existencial. Vê-la como uma relação contratual, não a faz ser meramente patrimonial, pois seu objetivo é o comprometimento com a dignidade do indivíduo, sua saúde e bem-estar<sup>57</sup>.

No que diz respeito à capacidade necessária para se obter o consentimento livre e esclarecido, é necessário ter em mente que a capacidade é requisito essencial da validade do consentimento, sem o qual este seria nulo<sup>58</sup>.

“Capacidade é gênero do qual são espécies a capacidade de direito e a de fato. Em linhas gerais, pode-se dizer que a primeira diz refere-se à aquisição de direitos e deveres e a segunda, ao exercício destes”<sup>59</sup>. Inerente ao ser humano, a capacidade de direito está prevista no artigo

---

<sup>53</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58-66.

<sup>54</sup> MATOS, Gilson Ely Chaves de. *Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica*. Revista Bioética, Brasília, v. 15, n. 2, 2007, p. 201.

<sup>55</sup> CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. *Consentimento livre e esclarecido na anestesiologia*. Revista Bioética, vol, 18, n. 2, 2010, p. 365.

<sup>56</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65.

<sup>57</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69.

<sup>58</sup> MATOS, Gilson Ely Chaves de. *Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica*. Revista Bioética, Brasília, v. 15, n. 2, 2007, p. 208.

<sup>59</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

1º do Código Civil de 2002, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”<sup>60</sup>. Ao passo que a capacidade de fato é adquirida ao se atingir aos requisitos previstos no código civil, sendo definida como a aptidão para a prática dos atos da vida civil<sup>61</sup>.

A autora Luciana Dadalto<sup>62</sup>, afirma que o que se exige do paciente na tomada de decisão é o discernimento, ou seja, a capacidade de compreender a sua situação, pois, pode ocorrer de um paciente ser considerado civilmente capaz, mas se encontrar sob efeito de um medicamento que afete suas faculdades mentais. É diante desse fato que a estudiosa entende que o que deve ser questionado é, na verdade, “a capacidade do paciente em tomar uma decisão e de entender as informações que serão prestadas pelo médico, e não a capacidade deste moldada ao Código Civil de 2002”<sup>63</sup>.

Como bem explicita Éverton Pona, “a limitação imposta pela legislação visa à proteção de seu patrimônio, não às suas escolhas existenciais”<sup>64</sup>. Se o critério vigente fosse o utilizado para conceder a capacidade de consentir ou não com determinado tratamento médico, “retirar-se-ia dos ébrios ou viciados em tóxicos a faculdade de manifestar suas vontades, mesmo quando a lucidez de seu querer não esteja comprometida”<sup>65</sup>. Portanto, ao lado da capacidade civil e de fato, a doutrina tem proposto a capacidade de consentir.

A capacidade civil, portanto, é mera formalidade, sendo que, o que deve ser levado em conta para se aferir a validade do consentimento informado do paciente é a capacidade entendida como discernimento.

Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que tratam ou procuram saber qual é a sua vontade<sup>66</sup>.

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que os curatelados podem, desde que comprovado seu discernimento, manifestar sua vontade, uma vez que, a retirada da capacidade

---

<sup>60</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 02.10.2016.

<sup>61</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 91-111.

<sup>62</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-76.

<sup>63</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74.

<sup>64</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 94-95.

<sup>65</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 95.

<sup>66</sup> BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética bioética*. Apud. DADALTO, Luciana *Testamento*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74.

de fato não implica necessariamente a completa ausência de discernimento para a realização de escolhas existenciais. O critério etário utilizado pelo Código Civil brasileiro para atribuir a capacidade de fato a alguém, não é suficiente para traduzir o grau de discernimento do indivíduo<sup>67</sup>.

## 1.2 A TERMINALIDADE DA VIDA

Com o avanço da medicina e as demais ciências da saúde, tornou-se possível o prolongamento quase indefinido da vida. “Para quase toda funcionalidade do organismo que claudicar, a artificialidade provê o substituto mecânico, a manter o coração a pulsar, o sangue a fluir, o pulmão a inflar-se”<sup>68</sup>.

Se nos tempos da Idade Média o evento morte era vivido no seio familiar em seu próprio leito, hoje, na Era Moderna, o caráter familiar se perdeu e agora vive-se em hospitais, com figuras desconhecidas (médicos e enfermeiras), transformando o indivíduo em um “campo de batalha, não em favor da vida, mas contra a morte”<sup>69</sup>.

Afirma Leo Pessini<sup>70</sup> que a sociedade moderna passou a cultivar o mito do bem-estar, transformando a dor em um problema técnico. Tratada por drogas, a dor é vista como um barulho a ser silenciado, uma tecnologia faltosa. A dor atualmente perturba e desnorteia a pessoa fazendo-a entregar-se cada vez mais cedo ao tratamento. A medicalização penetra fundo em nossas vidas, cada habitante de uma sociedade é um hospede de hospitais em potencial. O que se esquece é que a interferência da medicina e da tecnologia na vida humana, pode ser um fator de expropriação da autonomia do sujeito.

Diante dessa necessidade de manter a vida a qualquer custo, questiona-se se essas técnicas de prolongamento da “vida” estariam trocando a qualidade pela quantidade, tornando-a indigna, e se o indivíduo é um ser dotado de autonomia para eleger a forma com que deseja ser tratado no fim de sua vida.

---

<sup>67</sup> DADALTO, Luciana *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75.

<sup>68</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 30.

<sup>69</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 32-33.

<sup>70</sup> PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004.

Maria Kovács expõe o chamado “Frankenstein do Século XX”, aquele paciente terminal em que o processo de morte não pertence mais a ele, pois encontra-se tomado por tubos e tem todas as suas atividades vitais realizadas por máquinas<sup>71</sup>. Frankenstein é fruto da evolução da medicina e tecnologia usada de forma a retirar a autonomia do paciente, violando sua dignidade humana. É esse quadro que tem levado à reflexão acerca dos direitos do paciente terminal.

Não há, na medicina, um conceito único para paciente terminal. Para Nunes, o doente terminal é aquele paciente que possui uma doença a qual não responde a nenhuma terapia conhecida e se conduz irreversivelmente à morte<sup>72</sup>. Nas palavras de Luciana Dadalto o diagnóstico de terminalidade relaciona-se à impossibilidade de cura aliada a iminência de morte<sup>73</sup>. Portanto, por paciente terminal, entende-se como um enfermo fora de possibilidade de cura, aquele que apesar do tratamento apropriado encaminha-se para uma morte evidente, sem qualquer expectativa de melhora.

O evitar a morte de um paciente em estado terminal a qualquer custo

[...] conduziu a uma hiperutilização da UTI. De início essas unidades destinavam-se a tratar traumas e alguns casos pós-operatórios, não pacientes terminais. No entanto, hoje as UTIs estão repletas de idosos com doenças fatais, com câncer, e pacientes que já perderam a função cerebral. Tais pessoas não se beneficiarão da concentração de tecnologia médica nestas unidades, e muitas delas não aprovariam procedimentos que limitassem sua liberdade e sua dignidade, se estivessem em condições de escolher<sup>74</sup>.

Relembra Kovács que “mesmo que um paciente esteja próximo de morrer, ainda está vivo, e é uma pessoa com desejos”<sup>75</sup>. Frente a isso diferencia-se duas situações de terminalidade. Aquela em que o paciente terminal encontra-se consciente, portanto, completamente autônomo, e o paciente terminal inconsciente, com sua autonomia reduzida, momento em que os médicos deverão valer-se dos desejos do paciente expressados anteriormente ao seu estado de incapacidade<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. *Autonomia e o direito de morrer com dignidade*. Rev. Bioética, Brasília, v. 6, n.1, 1998, p.91-68.

<sup>72</sup> NUNES, Rui. *Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais*. Rev. Bioética. 2009, vol. 17, n. 1, p. 29-39.

<sup>73</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Rev. Bioética, 2009, vol. 17, n. 3, p. 523-543.

<sup>74</sup> PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004, p. 77.

<sup>75</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. *Autonomia e o direito de morrer com dignidade*. Revista Bioética, Brasília, v. 6, n. 1, 1998, p.65.

<sup>76</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

Não se nega que os sistemas e técnicas de sustentação de vida são benéficos e representaram uma grande evolução em nossa história. Porém, frequentemente alimentam ideias de que a morte é algo a ser evitado indefinidamente<sup>77</sup>.

Nessa perspectiva, frisa-se que a prioridade deve ser possibilitar o doente terminal a viver a aproximação da sua morte de maneira consciente e livre. “O dever da medicina seria mais ajudar nesse processo do que prolongar a vida a qualquer custo”<sup>78</sup>.

### 1.2.1 A MORTE DIGNA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Um indivíduo não possui domínio sobre seu início de vida, pois é fruto de uma vontade alheia. A lei civil, atribui ao respirar de um nascituro o ponto de partida da personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações<sup>79</sup>. Assim, o direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, tutelado pela Constituição.

Necessária a ressalva de que a vida humana não é um valor absoluto, o dever do Estado em proteger a vida não implica necessariamente em haver um dever de se continuar vivendo. Pois, ao lado do direito fundamental à vida encontra-se a dignidade da pessoa humana. Este último, erigido como um princípio fundamental na Constituição Federal. Refere-se ao direito à uma vida digna capaz de proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade a todas as pessoas<sup>80</sup>.

Ainda que o direito à vida constitua prerrogativa inviolável, ele deve ser visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: “se a vida é um pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna”<sup>81</sup>.

Assim, quando uma vida deixar de ser digna de ser vivida, surge o direito ao exercício da autonomia, deixando ao doente terminal o direito de decidir o melhor para si. “O direito de

---

<sup>77</sup> PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004, p. 77.

<sup>78</sup> PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola, 2004, p. 75.

<sup>79</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31-34.

<sup>80</sup> MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à Morte Digna e Autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 11-14.

<sup>81</sup> FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos; 2003, p. 276.

todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório”<sup>82</sup>.

Sendo a autonomia individual expressão da dignidade humana<sup>83</sup>, o sujeito de direito deve ser capaz de decidir sobre sua própria morte.

Da metamorfose que sofreu o processo de morrer ao longo dos tempos, depreende-se que a morte passou a ser cada vez mais solitária, negada e desprezível a qualidade humana. Agregou-se a ela práticas de terapias fúteis, instrumentalizou-se o paciente e retirou do doente o domínio do seu próprio processo morrer. Confiscou-se, portanto, sua dignidade<sup>84</sup>.

Como já dito, a autonomia privada garante ao indivíduo a preservação de seus interesses individuais, desde que, conformados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é considerada o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inciso III, CF). “Pode-se entender que o valor da dignidade da pessoa humana deve ser considerado o princípio fundamental do Estado e da Constituição, abrangendo todos os demais princípios e direitos fundamentais”<sup>85</sup>, por remeter as necessidades humanas mais relevantes e básicas.

O direito à integridade física e mental, além de tutelado pelo art. 5º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “ninguém será submetido a tortura desumana ou degradante”, é agasalhado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana<sup>86</sup>.

A liberdade é tutelada na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, como um direito fundamental inviolável. Sendo que, o inciso VIII, do referido dispositivo legal estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 176.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 177.

<sup>84</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 72.

<sup>85</sup> MOLLER, Leticia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 143.

<sup>86</sup> MOLLER, Leticia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 144.

ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestações alternativas, fixada em lei”<sup>87</sup>.

A partir da identificação destes dispositivos constitucionais que asseguram o princípio fundamental da dignidade humana e o direito fundamental à liberdade, percebe-se que,

[...] o direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente), de recusar receber tratamento médico, bem como o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela Constituição<sup>88</sup>.

Grande parte da sociedade brasileira, a partir de princípios religiosos, encara a vida como um valor supremo. Entretanto, um Estado Democrático de Direito “preserva a pluralidade de projetos de vida e, sob este viés, argumentos morais e religiosos devem ser mitigados do âmbito jurídico”<sup>89</sup>. Além de que, o reconhecimento do direito à vida, evidenciado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, nas palavras de Möller, “não deve ser compreendido como – mais do que um direito – um dever à vida”<sup>90</sup>, até porque, o direito à vida não é o único direito fundamental elencado na Magna Carta.

Cecília Marreiro expõe o conceito de dignidade analisando os ensinamentos de Tomás de Aquino: o homem, como ser racional que é, é capaz de agir por si, por causalidade própria, além de existir por si. O livre arbítrio de que é detentor, faz o homem, na visão tomista, ser capaz de determinar a sua própria existência e traçar seu próprio destino, o que o diferencia de todas as outras criaturas, tornando-o superior a elas. A essa superioridade Tomás de Aquino intitulou de dignidade<sup>91</sup>.

Para Barroso e Martel, “a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver

---

<sup>87</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 5º, VIII.

<sup>88</sup> MOLLER, Leticia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 144.

<sup>89</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50.

<sup>90</sup> MOLLER, Leticia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 145.

<sup>91</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 73.

livremente a própria personalidade”<sup>92</sup>. Ressaltam que as escolhas atinentes à coletividade cabem ao Estado Democrático de Direito, e não ao indivíduo.

Nas palavras de Léo Pessini, “todos os seres humanos possuem dignidade como algo inerente ao próprio ser”<sup>93</sup>. Destaca que é possível, em situações de doenças, se perder o “senso” da própria dignidade, mas não a dignidade em si.

Conclui-se, portanto, que por força de sua dignidade, o homem, detentor de liberdade, é capaz de se autodeterminar. Assim, a dignidade do homem decorre de sua liberdade de autodeterminação. O fundamento jurídico e ético do direito à morte digna é, portanto, a dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, dá ênfase aos direitos individuais e à liberdade pessoal, até porque representou um marco interruptivo com o modelo ditatorial intervencionista, colocando a pessoa, detentora do poder de autodeterminação, no centro da Carta, dando início a uma democracia. Pode-se concluir que isso torna predominante a visão da dignidade como autonomia.

A inserção do princípio da dignidade humana na constituição brasileira, coloca-o acima das leis infraconstitucionais, forçando a sociedade brasileira a respeitá-lo<sup>94</sup>. Assim, “todo homem na qualidade de ser livre pode, diante desta possibilidade, assumir a morte como forma de vivificar a sua dignidade”<sup>95</sup>.

O princípio da dignidade humana, encontra-se disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e fundamentado no princípio da autonomia da vontade, o qual estrutura-se no princípio da liberdade individual – pilar de sustentação de um Estado Democrático de Direito<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 191.

<sup>93</sup> PESSINI, Léo. *Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo*. *Rev. Bioética*. Vol, 13, n. 2, 2005, p. 74.

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71.

<sup>95</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 156.

<sup>96</sup> SILVA, Henrique Batista e. *O princípio da dignidade humana na Constituição Brasileira*. *Revista Bioética*, vol. 18, n. 3, 2010, p. 573-587.



Relembra Barroso e Martel que para se garantir o exercício da dignidade humana, ou seja o da autodeterminação, é necessário haver o que os autores chamam de “mínimo existencial”, ou seja, condições mínimas de economia, educação e psicofísicas<sup>97</sup>.

O fenômeno da medicalização da vida, está transformando o processo de morrer em uma jornada mais longa, recheada de tratamentos fúteis, dor e sofrimento. É nesse momento que o indivíduo deve poder exercer sua autonomia, tornando sua despedida mais digna.

Buscando refletir sobre a situação do paciente terminal que deseja ter um final de vida mais sereno, sem padecer atrelado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos penosos e muitas vezes ainda tecnicamente ineficazes para o seu quadro clínico, podemos perceber que uma vida terminal feita de dor e sofrimento não pode ser imposta: ela poderá estar agredindo sobremaneira as convicções e crenças mais caras àquele que está morrendo, seus direitos à integridade, à dignidade e à autonomia<sup>98</sup>.

A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente atenta contra sua dignidade. O exercício do direito de liberdade e da autonomia do indivíduo é protegido pela Constituição Federal. A partir do consentimento livre e esclarecido, o paciente tem o direito de decidir sobre o próprio corpo.

Nos casos em que a capacidade do paciente em gerir seus próprios atos e fazer suas próprias escolhas ao final de sua vida se encontrar reduzida, ainda é necessário haver a preservação da autonomia privada do sujeito, sob pena de violação da dignidade humana. É a partir dessa preocupação que se iniciou a discussão da prévia manifestação de vontade<sup>99</sup>.

Atenção! O direito de morrer dignamente passa longe da ideia de direito à morte. Quando se defende o direito a uma morte digna, isso não significa defender qualquer procedimento que cause a morte, mas sim reconhecer a sua liberdade e autodeterminação.

O direito de morrer tem sido clamado em discussões da eutanásia e suicídio assistido, ambos penalizados em nosso ordenamento.

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 192.

<sup>98</sup> MOLLER, Leticia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012 p. 145.

<sup>99</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

A eutanásia para Barroso e Martel é “a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável”<sup>100</sup>.

Para Borges<sup>101</sup>, eutanásia seria “uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre, a eutanásia age sobre a morte, antecipando-a”.

Perante o Código Penal brasileiro, em que pese não possua um tipo penal específico, a eutanásia é considerada homicídio privilegiado, sendo que, na ausência dos requisitos, o motivo de relevante valor social ou moral, recai-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo o caso. Sendo que, “só é eutanásia a morte provocada em doente com doença incurável em estado terminal e que passa por fortes sofrimentos, movida por compaixão ou piedade em relação ao doente”<sup>102</sup>.

A título de esclarecimento, o suicídio assistido “designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiros. Ocorre com a participação material, quando alguém ajuda a vítima a se matar, oferecendo-lhe meios idôneos para tal”<sup>103</sup>. A pessoa que que auxilia incorre nas penas do auxílio ao suicídio, a vítima é quem provoca sua própria morte. Nas palavras de Borges<sup>104</sup>, se o ato é realizado por outrem, este responde por homicídio, não por auxílio ao suicídio.

Assim, o direito à morte digna diz respeito ao “direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo, é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, de sua autonomia jurídica, da inviolabilidade de sua vida privada e intimidade”<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 178.

<sup>101</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista Jus navigandi, ano 10, n. 871, 21 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em 07.10.16.

<sup>102</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista Jus navigandi, ano 10, n. 871, 21 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em 07.10. 16.

<sup>103</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 181.

<sup>104</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista Jus navigandi, ano 10, n. 871, 21 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em 07.10.16.

<sup>105</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista Jus navigandi, ano 10, n. 871, 21 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em 07.10.16.

Portanto, não se discute aqui o direito à morte. O estudo da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro considera a morte digna como um direito fundamental, e isto nada tem a ver com a discussão da legalidade ou não de institutos que dão fim a vida como eutanásia e suicídio assistido.

### 1.2.2 A BIOÉTICA NO PROCESSO DE MORRER

“A morte é tema paradoxal: por um lado seduz e serve de inspirações a artistas, por outro, provoca medo, fuga e terror”<sup>106</sup>. Seja ela súbita ou premeditada, dolorosa ou indolor, nos faz valorizar os instantes de prazer, de beleza e de amor<sup>107</sup>.

O modo de viver contemporaneamente cultiva atitudes que buscam ignorar a finitude da vida. O desenvolvimento técnico científico até mesmo a urbanização, promoveram um aumento na qualidade e expectativa de vida. Essas mudanças, em contrapartida, provocaram um distanciamento da consciência de que a vida é finita<sup>108</sup>.

Diante desse interdito social à morte, as ciências da saúde tornaram-se obcecadas com a ideia de combater-la, hospitais tornaram-se símbolos de fracasso e os acontecimentos naturais da vida; dor, sofrimento e morte, passaram a ser combatidos a qualquer custo<sup>109</sup>.

Lembra Léo Pessini<sup>110</sup>, que uma doença considerada mortal, pode até vir a ser curada, mas não se cura nossa mortalidade. No momento que se esquece isso, cai-se na “tecnolatria e na absolutização da vida biológica pura e simplesmente”.

Diante da obsessão de se evitar a morte, aliada a reiteradas violações à dignidade da pessoa humana frente aos avanços da ciência e tecnologia, surgiu a necessidade de haver um estudo sobre a vida, ética e o processo de morrer.

---

<sup>106</sup> VICENSI, Maria do Carmo. *Reflexões sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional*. Revista Bioética, vol. 24, n. 1, 2016, p. 65.

<sup>107</sup> VICENSI, Maria do Carmo. *Reflexões sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional*. Revista Bioética, vol. 24, n. 1, 2016, p. 65.

<sup>108</sup> VICENSI, Maria do Carmo. *Reflexões sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional*. Revista Bioética, vol. 24, n. 1, 2016, p. 64-72.

<sup>109</sup> VICENSI, Maria do Carmo. *Reflexões sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional*. Revista Bioética, vol. 24, n. 1, 2016, p. 64-72.

<sup>110</sup> PESSINI, Léo. *Dignidade e elegância no final da vida: algumas reflexões bioéticas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas Antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 29-45.

“A bioética surge como uma nova proposta ética na aplicação do processo tecnológico sobre a vida do planeta e a preservação da dignidade humana”<sup>111</sup>. Para Paiva, Almeida e Damásio<sup>112</sup>, a bioética tem seu foco de estudo no fenômeno da vida humana aliada aos avanços tecnológicos. O princípio do respeito à autonomia é visto, pelos autores, como o de maior relevância para a bioética.

O termo “bioética” se refere à reflexão e à ação ética sobre a vida em suas diversas manifestações. Pode-se definir a bioética como o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências humanas e da atenção à saúde, enquanto examina esta conduta à luz dos valores e dos princípios morais<sup>113</sup>.

Bermejo e Belda<sup>114</sup>, elencam quatro princípios da bioética; beneficência, não maleficência, justiça e autonomia. Este último é definido por muitos autores como a base de sustentação do sistema ético que lida com os avanços biotecnológicos.

Diante do esmagamento da autonomia do sujeito no processo de chegar ao fim da vida, Berti e Carvalho concluíram que, nesse contexto, o papel da bioética deve ser propor um repensar da autonomia do sujeito e garantir a preservação de seu exercício<sup>115</sup>.

Preservado o exercício da autonomia do sujeito ao final de sua vida, a dignidade humana estará incólume o que dará condão à vivência de uma morte digna.

### 1.2.3 A MEDICINA NO ADEUS A VIDA

O Brasil vem vivenciando um envelhecimento populacional acentuado. “Se há 100 anos a sobrevida de 70 anos era um fator de sorte ou acaso, no século XXI isto é uma realidade constante”<sup>116</sup>. O avanço da medicina foi uma importante mola propulsora para esse resultado.

---

<sup>111</sup> BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. *O papel da bioética na promoção da autonomia do sujeito*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas Antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 18.

<sup>112</sup> PAIVA, Fabianne Christine Lopes; ALMEIDA JR, José Jailson de, DAMÁSIO, Anne Christine. *Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida*. Revista Bioética, vol. 22, n. 03, 2014, p. 550-60.

<sup>113</sup> BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: dialogo sobre a vida, morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015, p. 52.

<sup>114</sup> BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: dialogo sobre a vida, morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015, p. 51-59.

<sup>115</sup> BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. *O papel da bioética na promoção da autonomia do sujeito*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas Antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 13-28.

<sup>116</sup> BURLA, Claudia. *Cuidados ao fim da vida: uma preocupação da Prática da medicina geriátrica*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 119.

Entretanto, a possibilidade de adiar a morte por meio do uso das novas tecnologias e tratamentos, fez com que muitos médicos passassem a agir de modo a prolongar indefinidamente o processo de morrer, ainda que inexistente uma chance de cura. Os profissionais da saúde começaram a aderir tal conduta como que se fosse parte ou missão da medicina evitar o fim da vida a qualquer custo<sup>117</sup>.

Existe uma percepção generalizada de que os cuidados médicos no final da vida envolvem o uso excessivo e inapropriado de tecnologia. O estudo *Support* mostra que os médicos submetem seus pacientes criticamente doentes a tratamentos mais extensivos que eles próprios escolheriam para si. Outros estudos mostram que os cuidados médicos no final da vida são dirigidos mais pela tecnologia do que pelas preferências dos pacientes<sup>118</sup>.

Tradicionalmente a conduta médica caracterizou-se por um exacerbado “autoritarismo beneficente” em prol do paciente, havendo quase que uma total autonomia do profissional para decidir sobre a terapia a ser utilizada<sup>119</sup>. Essa atitude paternalista era imantada, inclusive, pelo Código de Ética Médica de 1988, ao expressamente vedar o médico de “deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente”<sup>120</sup> (art. 57).

Inquestionado durante décadas, o paternalismo médico vem sendo desconstruído. A preocupação ética dos próprios profissionais e também de estudiosos de áreas como direito e filosofia, sem contar o auxílio da própria sociedade, culminou na valorização da autonomia do paciente, princípio que vem sendo usado como um freio eficiente do autoritarismo médico<sup>121</sup>.

A presente mudança já é visível no Código de Ética Médica vigente, pois, ainda que proíba abreviar a vida do paciente, mesmo quando a pedido dele próprio, possui a ressalva de que:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade

---

<sup>117</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-70.

<sup>118</sup> KIPPER, Délio J. et al. *Decisões médicas envolvendo o fim da vida – o desafio de adequar as leis às exigências éticas*. In. *Jornal de Pediatria*, v. 76, n. 6, p. 403. Disponível em: <<http://www.jped.com.br/conteudo/00-76-06-403/port.pdf>>, Acesso em: 14.10.2016.

<sup>119</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-70.

<sup>120</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código Ética Médica, 1988, art. 57 Disponível em: <<http://bit.ly/2gbGUEH>>. Acesso em 20.08.2016.

<sup>121</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-70.

expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal<sup>122</sup>.

Nasce aqui a valorização da vontade do paciente. É sabido que a barreira a ser quebrada ainda é enorme. A tradição da medicina remonta à Grécia antiga e ao século V a.c.: a tradição hipocrática. O famoso *Juramento Hipocrático* “prescreve normas morais de conduta aos médicos, enfatizando a necessidade do agir beneficente (sempre em prol do doente, para o seu bem) ou, ao menos, da atuação não-maleficente (não causar dano ou mal)”<sup>123</sup>.

Os princípios de beneficência e não-maleficências, presentes nos Códigos de ética médica até hoje, almejam o bem do paciente. Entretanto, esta atitude beneficência pode, facilmente, ganhar um caráter por demais arbitrário, tornando-se o que se chama de paternalismo médico.

Denomina-se “paternalismo”, na relação médico-paciente, a conduta médica de estipular os rumos de tratamento, de tomar decisões e de estabelecer o que é “bem” para o paciente, sem atentar para os desejos deste e sem reconhecê-lo como ser autônomo, capaz de recusar tratamentos, rejeitar o prolongamento da sua vida terminal (por exemplo), enfim, de determinar ou ao menos participar de forma ativa do processo decisório da terapia<sup>124</sup>.

As novas situações surgidas dos avanços tecnocientíficos, aumentaram as possibilidades de terapia e dos riscos nelas envolvidos. Iniciou-se, assim, a necessidade de haver atitudes que visassem preservar a autonomia e a dignidade do doente. O estímulo para aumentar o diálogo entre o médico e o paciente, priorizando a informação e o respeito da vontade do indivíduo, é um dos principais pontos a serem implantados.

A conduta médica, limitada pela autonomia do paciente, pressupõe uma relação médico-paciente de respeito, diálogo e igualdade.

Letícia Ludwing<sup>125</sup> lembra os limites do princípio da autonomia do sujeito. Para a estudiosa, o bom profissional da saúde buscará respeitar a decisão autônoma do seu paciente, exercendo a virtude grega *phronesis* (traduzida como prudência). “O exercício da *phronesis* na prática médica consiste em exercer a profissão buscando o bem do paciente, o que requer

---

<sup>122</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 19 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Art. 41, parágrafo único. Disponível em: < <http://bit.ly/2fvK87X> >. Acesso em: 30.09.2016.

<sup>123</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47.

<sup>124</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48.

<sup>125</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46-60.

sempre o respeito à sua dignidade e reconhecimento dos seus valores e sentimentos morais e religiosos”<sup>126</sup>.

Existe, sem dúvida, o dever médico de utilizar todo seu conhecimento para tratar seu paciente. Todavia, não deixa de ser sua responsabilidade também, saber quando é hora de interromper ou deixar de oferecer um tratamento inútil e desgastante<sup>127</sup>.

Em situações em que o quadro clínico é irreversível e a morte algo iminente (estágio de terminalidade), pergunta-se qual deve ser o dever do médico diante da vontade expressa do paciente, seja ela prévia ou através de um representante, de não mais prolongar o processo de morrer.

Ainda que o artigo 57 do Código de Ética Médica vede ao médico deixar de utilizar todos os meios disponíveis de tratamento e diagnóstico em favor do paciente, Letícia Ludwing, lembra que, “a vida humana não se restringe à sua dimensão biológica, mas engloba as dimensões psíquica, moral, espiritual e social, deveremos entender por saúde não somente a ausência de doença, mas também o bem-estar global (físico, mental, social, espiritual)”<sup>128</sup>. A obrigação médica, expressa no referido artigo, “significa, também, não prolongar o sofrimento gerado pela sobrevivência meramente biológica. O melhor interesse do paciente implica também, em reconhecer o momento de não mais despendar meios extraordinários para sua subsistência”<sup>129</sup>.

Há, portanto, a obrigação médica de tentar curar quando há uma possibilidade real de alcançar este objetivo. No caso de um paciente terminal, conclui-se que esta obrigação deixa de existir<sup>130</sup>. O dever que permanece “é o dever de cuidado, a busca de todas as medidas possíveis que tragam conforto e alívio da dor e do sofrimento”<sup>131</sup>.

É nesse contexto que entra os cuidados paliativos. A medicina paliativa,

---

<sup>126</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60.

<sup>127</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 62.

<sup>128</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61.

<sup>129</sup> KIPPER, Délio J. et al. *Decisões médicas envolvendo o fim da vida – o desafio de adequar as leis às exigências éticas*. In. *Jornal de Pediatria*, v. 76, n. 6, p. 404. Disponível em: <<http://www.jped.com.br/conteudo/00-76-06-403/port.pdf>>, Acesso em: 14.10.2016.

<sup>130</sup> KIPPER, Délio J. et al. *Decisões médicas envolvendo o fim da vida – o desafio de adequar as leis às exigências éticas*. In. *Jornal de Pediatria*, v. 76, n. 6, p. 405. Disponível em: <<http://www.jped.com.br/conteudo/00-76-06-403/port.pdf>>, Acesso em: 14.10.2016.

<sup>131</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 62.

[...] busca ampliar as metas da medicina tecnológica contemporânea, tendo como objetivos a concentração efetiva nos cuidados à dor e o ao sofrimento, a preocupação tanto com a condição corporal como com a “vida interior” do paciente, bem como objetiva um processo de decisão que respeita a autonomia do paciente e o papel de seus representantes legais<sup>132</sup>.

“Em Cuidados Paliativos (CP), a preservação da autonomia dos pacientes é considerada um dos princípios bioéticos mais importantes no processo de tomada de decisão, pois evita os abusos potenciais de um julgamento unilateral”<sup>133</sup>. Os cuidados paliativos que respeitam a autonomia do paciente, ou seja, sua própria vontade, aliado a existência de uma relação de confiança e respeito entre o médico e o indivíduo que se encaminha à sua finitude de vida, é a combinação perfeita para a garantia de uma morte digna ao paciente terminal<sup>134</sup>.

Inegável a existência de inúmeros questionamentos a respeito do paciente em estado de inconsciência. Não raro se tem dúvidas de como ele garantiria sua morte digna, ou seja, como expressaria sua autonomia e como teria sua dignidade preservada.

É com a força nesses questionamentos que se passou a estudar a possibilidade de haver a manifestação de sua vontade de forma antecipada. As “diretrizes antecipadas”, prática já vista como comum em diversos países, “dispõem a possibilidade do sujeito capaz e saudável, decidir sobre os cuidados e terapias que deseja receber se, porventura, restar em condições de incapacidade ou inconsciência que impossibilite de se manifestar”<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 64.

<sup>133</sup> REIS, Teresa Cristina da Silva; SILVA, Carlos Henrique Debenedito. *Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 385-386.

<sup>134</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60-70.

<sup>135</sup> MOLLER, Letícia Ludwing. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58-60.



## 2 SEJA FEITA A MINHA VONTADE

A valorização dos desejos do paciente é fruto do reconhecimento de sua autonomia. Nessa perspectiva o sujeito passou a poder tomar decisões pessoais segundo seu próprio plano de vida, crenças e valores individuais.

Para que a tomada de decisão seja feita sem vícios, ressalta-se a necessidade de haver um consentimento livre e esclarecido, o que denota uma boa e aberta relação entre o médico e o paciente. O sujeito fazendo uso de sua autonomia ao expor sua vontade, livre de influências externas, estaria tendo sua dignidade humana preservada.

O detalhe a ser estudado no próximo capítulo é como preservar a vontade do paciente quando este não puder mais expressá-la, ou seja, nos casos em que ocorre a inconsciência do sujeito, como poderia ser respeitada a sua autonomia privada. O foco repousará nos casos em que não há mais medidas terapêuticas capazes de evitar o evento morte do paciente, ou seja, nos casos de terminalidade da vida.

Diante disso, passa-se ao estudo das diretivas antecipadas de vontade com ênfase no testamento vital.

### 2.1 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Consideradas como uma modalidade de negócio jurídico existencial, as diretivas antecipadas de vontades, são instrumentos jurídicos nos quais a pessoa, detentora de capacidade de querer e entender, elenca suas escolhas a serem seguidas, no futuro, em caso de uma ausência de discernimento<sup>136</sup>.

As diretivas antecipadas de vontade foram introduzidas no Brasil através da Resolução n. 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. Em vigor desde agosto de 2012, a referida resolução define este instrumento como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente

---

<sup>136</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 246-247.

manifestados pelo paciente, sobre os cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”<sup>137</sup>.

Em outras palavras, é um documento que manifestará a vontade da pessoa que o elabora, seus efeitos serão gerados em um evento futuro, quando o sujeito que o elaborou não deter mais seu discernimento. O consentimento livre e esclarecido é um instituto próximo das diretivas antecipadas; ambos possuem como consequência a aceitação ou não de algum tratamento<sup>138</sup>.

Designadas para proteção da autonomia do paciente, este novo instrumento irá expor quais tratamentos ou/e apontará o representante legal que decidirá sobre quais as terapêuticas a serem aplicadas, no momento em que o autor perder sua capacidade decisória<sup>139</sup>.

A autora Luciana Dadalto<sup>140</sup>, expõem um conflito de opiniões: muitos autores entendem as diretivas antecipadas como sinônimo de testamento vital. Entretanto, lembra a estudiosa, que a Lei Federal americana *Patient Self-Determination Act*<sup>141</sup> (PSDA), a primeira que tratou sobre o assunto, considerou diretivas antecipadas como gênero do documento de manifestação de vontade para tratamentos médicos, sendo espécies o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney* (mandato duradouro).

As diretivas antecipadas (*advanced care documents*), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade<sup>142</sup>.

Ainda que alguns autores considerem diretivas antecipadas de vontade sinônimo de testamento vital, como é o caso de Maria Inês Nunes e Márcio Fabri dos Anjos<sup>143</sup> - “as diretivas antecipadas de vontade (DVA) – também conhecidas como testamento vital ou por seu nome em inglês, *living will*”- este trabalho irá seguir o posicionamento expresso na Lei Federal

<sup>137</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012, artigo 1º. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 15.08.2016.

<sup>138</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 86-103.

<sup>139</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

<sup>140</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 86-103.

<sup>141</sup> Disponível em: <<http://www.denbar.org/docs/psda.pdf?ID=1816>>. Acesso em: 19. 10. 2016.

<sup>142</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 88.

<sup>143</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

Americana PSDA, ou seja, de que diretivas antecipadas, na realidade, constituem um gênero e compreendem dois tipos de espécies: testamento vital e mandato duradouro.

Diretivas antecipadas, é um instrumento de manifestação da vontade que possui instruções sobre os cuidados médicos futuros que uma pessoa, em estado de incapacidade de expressar sua vontade, será submetida<sup>144</sup>. As diretivas antecipadas de vontade são realizadas quando a pessoa está consciente. Seu objetivo precípua é enfatizar a autonomia do paciente, o respeito a valores e escolhas pessoais<sup>145</sup>.

Destinam-se a registrarem a permissão (ou não) de intervenções clínicas como suporte de vida quando não existem expectativas de recuperação. Notificam sobre os desejos de receber cuidados que irão paliar a dor e sintomas desagradáveis<sup>146</sup>.

Como destaca Luciana Dadalto, “o direito à morte digna está garantido constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade individual”<sup>147</sup>. A diretiva antecipada de vontade é o instrumento garantidor dessa morte digna.

Prudente esclarecer que as diretivas antecipadas não se restringem a situações de terminalidade. São feitas quando a pessoa está consciente e possui controle sobre seus atos, mas seus efeitos são futuros, ou seja, são elaboradas no presente, quando o sujeito possui pleno domínio de suas vontades, para gerarem efeitos em uma eventual situação de incapacidade do exercício da autonomia, seja esta limitação definitiva ou não.

O estado de terminalidade, momento em que não há mais terapia disponível para tratamento de uma doença que inevitavelmente culminará com a morte, só é exigido na espécie “testamento vital”, sendo que o mandato duradouro pode ser utilizado em estado de inconsciência do sujeito, que não se encontra em situação de terminalidade, podendo haver, portanto, a sua recuperação<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86-103.

<sup>145</sup> KOVÁCS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Revista Bioética. vol, 22, n. 1, ano 2014, p. 94-104.

<sup>146</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

<sup>147</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 539.

<sup>148</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 243-301.

O referido documento traz à baila a necessidade de encarar a finitude da vida, estimulando as pessoas a pensarem em um processo de morrer que garanta a dignidade humana.

### 2.1.1 MODALIDADES

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são instrumentos de autodeterminação do paciente, sendo eles, mandato duradouro e o testamento vital. Ambos os documentos são guardiões da autonomia do paciente<sup>149</sup>.

O mandato duradouro consiste em “um documento no qual o paciente nomeia um ou mais ‘procuradores’ que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento”<sup>150</sup>.

A decisão do procurador está vinculada com a vontade do paciente, desta maneira, as decisões do enfermo serão tomadas em seu nome pelo mandatário, ou seja, as decisões “devem ser tomadas com vistas a respeitar quais teriam sido as escolhas do paciente se estivesse ainda capaz”<sup>151</sup>. O procurador eleito tem a obrigação de decidir o que possivelmente seria a escolha pelo particular nas circunstâncias em que se encontra<sup>152</sup>. É um modelo de julgamento substituto, sendo necessário haver intimidade entre o “decisor substituto” e o paciente.

Em comparação entre o mandato duradouro e o testamento vital, Éverton Pona<sup>153</sup> aponta que aquele documento permite uma maior flexibilidade diante das circunstâncias do momento decisório, uma vez que conseguirá o procurador decidir sob a ótica atual das terapias disponíveis, sem contar que poderá acompanhar a execução dos procedimentos de perto, assegurando assim o cumprimento das vontades do paciente.

“O maior problema deste instituto é a escolha de quem será nomeado procurador do paciente”<sup>154</sup>. Para se decidir sobre os ombros de quem deve repousar tamanha responsabilidade, é preciso ter em mente que a pessoa nomeada necessariamente deverá ter um contato próximo

---

<sup>149</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

<sup>150</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 91.

<sup>151</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 55.

<sup>152</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 91.

<sup>153</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 49-57.

<sup>154</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 93.

com o paciente, a ponto de saber qual seria a sua escolha se pudesse decidir sobre o tratamento a ser executado<sup>155</sup>.

Distinto, portanto, da proposta inicial do testamento vital, o mandato duradouro para cuidados de saúde destina-se a permitir a decisão a respeito das terapêuticas em quaisquer circunstâncias, nas quais o paciente encontra-se incapaz de expressar-se por si mesmo, seja por causa temporária ou permanente. A decisão a ser tomada não deve expressar as convicções e vontades do representante, mas do paciente, em respeito à sua autonomia, razão pela qual se recomenda que haja um grau de intimidade entre ambos, a fim de garantir que o responsável nomeado disponha de conhecimento acerca das preferências daquele que o nomeou<sup>156</sup>.

Esse gênero das diretivas antecipadas de vontade possui um alcance mais amplo quando comparado com o testamento vital. Isto porque, o mandato duradouro demonstra seus efeitos toda vez que a pessoa que o outorgou estiver incapaz de manifestar suas vontades, o que o torna plenamente apto de ser utilizados nos casos que a incapacidade é apenas temporária<sup>157</sup>.

No Brasil, a Portaria do Ministério da Saúde de nº 1.820/09, assegura, “ao paciente, o direito à indicação de uma pessoa (procurador de cuidados) de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia”<sup>158</sup>.

No que concerne a questões referentes à capacidade, Carlos Barcellos<sup>159</sup> entende que, no momento em que a declaração de vontade for manifestada, basta o outorgante gozar de sua capacidade sanitária, enquanto que o outorgado deve gozar de sua capacidade negocial. Por capacidade sanitária se entende ter as perfeitas condições para tomar decisões válidas e eficazes.

A outra espécie das declarações prévias de vontade é o instituto do testamento vital. Pode-se dizer que este instrumento “é uma declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar”<sup>160</sup>.

---

<sup>155</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 49-57.

<sup>156</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 55-56.

<sup>157</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 96.

<sup>158</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 249.

<sup>159</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 250.

<sup>160</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*, São Paulo: Matrix, 2013, p. 17.

O testamento vital é um documento com instruções prévias sobre quais medidas e tratamentos devem ser feitos quando não há mais qualquer expectativa de recuperação (estado de terminalidade)<sup>161</sup>.

Documento de manifestação de vontade, o testamento vital funciona como um garantidor da autonomia do sujeito.

O instituto do testamento vital, que pode evitar o encarniçamento da vida, merece um espaço especial na preservação da autonomia, porque dispensa, se assim a pessoa desejar, providências e intervenções que não podem mais produzir resultados benéficos à saúde do enfermo<sup>162</sup>.

Uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos ou manutenção dos mesmos, quando estiver incapaz de expressá-los, através deste instrumento. O testamento vital é uma forma do sujeito deixar escrito como deseja ser tratado diante da eminência de morte, exercendo da forma mais pura a sua autonomia, preservando sua dignidade e garantindo assim uma morte que respeita e abraça seus valores pessoais<sup>163</sup>.

A nomenclatura “testamento” vital é encarado por muitos autores como um erro terminológico. Luciana Dadalto<sup>164</sup> a trata como fruto de sucessivas traduções errôneas da palavra *living will*. A autora entende que a tradução mais congruente para a expressão testamento vital, seria “desejos da vida”, pois, para *will* pode ser entendido como vontade, desejo, e para *living* seria a melhor tradução o verbo vivendo, no gerúndio.

A nomenclatura desta espécie também é suscetível de gerar confusão terminológica quanto a palavra “testamento”. Levanta-se a questão de que há uma incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal do testamento no direito sucessório, qual seja, a produção de efeitos *mortis causa*. Testamento, no direito das sucessões, destina-se a produzir efeitos única e exclusivamente após a morte do testador, ao passo que no testamento como uma espécie de declaração prévia de vontade, o declarante ainda está vivo quando o documento passa a emitir seus efeitos<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> BELDA, Rosa Maria; BERMEJO, José Carlos. *Testamento vital: diálogo sobre a vida, a morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015. P. 13-22.

<sup>162</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e Frustração da Tutela Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 121.

<sup>163</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 97-103.

<sup>164</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 97-103.

<sup>165</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 40-49.

O testamento vital, diferente do mandato duradouro, é um documento afeto ao paciente terminal, ou seja, aquele cuja condição é irreversível, e apresenta uma alta probabilidade de morrer, tornou-se irrecuperável e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar<sup>166</sup>.

Evidente que o diagnóstico de terminalidade da vida está relacionado à impossibilidade de cura aliada a iminência da morte. O paciente, ainda que no estado terminal, é um sujeito de direito acobertado pela dignidade humana dotado de autonomia, sendo livre para fazer as suas escolhas, principalmente em situações de maior intimidade e privacidade, viver a própria vida e morte de forma coerente com seus valores<sup>167</sup>.

Portanto, quando o paciente terminal se encontrar inconsciente, o instrumento hábil a preservar a sua autonomia é o testamento vital. Os médicos devem valer-se dos desejos expressos por meio da declaração prévia de vontade, instrumentalizada através deste documento. Na sua falta, deve ser ouvida a família, lembrando sempre que o paciente ainda está vivo e detém o direito de ter sua autonomia e dignidade preservadas<sup>168</sup>.

Conclui-se que o testamento vital é um documento que expressa de forma pura e direta a vontade do enfermo, ao passo que o mandato duradouro acaba sendo de forma indireta, já que é nomeado um substituto para julgar quais terapias o paciente desejaria se submeter. Nada impede que ambos os institutos sejam elaborados concomitantemente em um mesmo documento.

Partindo do modelo de pura autonomia de Beauchamp e Childress, aquele que se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e expressam uma decisão autônoma ou preferência relevante, percebe-se que o testamento vital segue o modelo de pura autonomia, enquanto o mandato duradouro segue o modelo de julgamento substituto. Ou seja, as DAV, quando contêm as diretrizes do paciente e a nomeação de um procurador, englobam ambos os modelos<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> GUTIERREZ, P. *O que é o paciente terminal?* Rev. Assoc. Med. Brasil 2001, abr/jun; Vol.47, n.02 p.92. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v47n2/a10v47n2.pdf> >. Acesso em 01.10.2016.

<sup>167</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 64.

<sup>168</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, vol. 17, n.3 2009, p. 523-543.

<sup>169</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

Em outras palavras, a coexistência entre o mandato duradouro e o testamento vital em um único documento, resulta na feitura das Diretivas Antecipadas de Vontade. Na opinião de Luciana, Unai e Dirceu<sup>170</sup>, a elaboração da DAV aumenta a certeza de que a vontade do paciente será respeitada, já que, quando omissos o testamento vital, o procurador assume sua posição de garantidor da autonomia do enfermo.

Uma ressalva importante é que o mandato duradouro não é exclusivo para as situações que envolvam o fim da vida, por esse motivo, Luciana Dadalto sustenta que “seria interessante fazer um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro), e, concomitantemente redigir um mandato duradouro, nomeando o mesmo procurador”<sup>171</sup> - o que evitaria um conflito entre os documentos - para situações que não envolvam o fim da vida.

### 2.1.2 CAPACIDADE

Um problema ético no uso da DAV é definir quem são as pessoas aptas a elaborarem este documento. Deve-se sempre ter em mente que a capacitada a ser analisada é aquela no momento em que a declaração de vontade foi manifestada.

As diretivas antecipadas de vontade, para Nelson Rosenvald, pressupõem a capacidade plena de quem as elabora, sendo que somente produzirá seus efeitos diante de uma condição de eventual impossibilidade de manifestar-se<sup>172</sup>.

Os autores Maria Nunes e Márcio Anjos<sup>173</sup>, defendem a ideia que para ser plenamente válida, a DAV deverá ser elaborada por uma pessoa maior de idade e plenamente consciente. Ao encontro desse pensamento, Bermeja e Belda<sup>174</sup> entendem que para ser capaz de outorgar um documento de instruções prévias o outorgante deve ser pessoa maior de 18 anos com capacidade de trabalhar e que agir livremente.

---

<sup>170</sup>GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 468.

<sup>171</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 95.

<sup>172</sup> ROSENVALD, Nelson. *Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade*. Disponível em: < <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/05/31/H%C3%A1-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-1> >, acesso em: 26.10.2016.

<sup>173</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

<sup>174</sup> BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: dialogo sobre a vida, morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015, p. 22-25.



Divergindo da ideia, Carlos Barcellos, ao tratar da capacidade para fins das DAV, defende que a pessoa, no ato de sua elaboração, deve ser dotada de sua capacidade sanitária, ou seja, aquela em que a pessoa detém condições para tomar decisões válidas e eficazes<sup>175</sup>.

Para Luciana Dadalto<sup>176</sup>, o requisito essencial para que a pessoa possa fazer a declaração prévia de vontade é o discernimento, e não a capacidade de fato. Para a estudiosa, os limites objetivos de idade fixados no Código Civil, devem ser flexibilizados. Os critérios predefinidos, em sua visão, podem, de maneira recorrente, impossibilitar um incapaz de exercer seus direitos de personalidade, bem como desenvolver sua dignidade, sendo que, não necessariamente esteja inapto de elaborar suas instruções prévias.

Assim, para Dadalto<sup>177</sup>, caso um menor de idade chegue a elaborar uma declaração prévia, deverá requerer autorização judicial, que, segundo a autora, somente poderá ser negada quando comprovada a falta de discernimento para elaborar o referido documento. Destaca que sua pretensão não é diminuir para 16 anos a capacidade de elaborar uma diretiva antecipada, pois o critério ainda seria o quantitativo.

O que se defende é que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, que a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser averiguada aprioristicamente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar sua vontade acerca de tratamentos a que deseje ser ou não submetido, caso se torne paciente terminal<sup>178</sup>.

O autor Éverton Willian Pona<sup>179</sup> tratou de analisar eventuais requisitos que deverão ser observados quando da regulamentação das diretivas antecipadas no Brasil. O estudioso, na esfera da averiguação da capacidade, destaca que o requisito da maioridade se encontra em várias previsões normativas, como é o caso da Espanha, Uruguai e Argentina.

O referido autor lembra que há, no Brasil, duas formas de capacidade, a de fato e a de direito. A primeira remonta ao início da personalidade, não podendo ser recusada ao indivíduo. Sendo a segunda capacidade aquela voltada à aptidão para a prática dos atos da vida civil. A

---

<sup>175</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 243-276.

<sup>176</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>177</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>178</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 538.

<sup>179</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 91-111.

lógica de proteção delineada pelo Código Civil brasileiro ao tratar da capacidade reveste-se de “um manto tísido pela patrimonialidade”<sup>180</sup>.

A confecção de uma diretiva antecipada de vontade, segundo Éverton Pona, “afasta-se diametralmente da preocupação com situações jurídicas subjetivas patrimoniais e expressa-se, verdadeiramente, como forma de manifestação da autonomia individual, da personalidade do indivíduo na seara existencial”<sup>181</sup>. Dessa maneira as limitações etárias careceriam de razão de ser.

Como bem destacado pelo autor supra, nem todo indivíduo considerado (absolutamente ou relativamente) incapaz pelo Código Civil, estaria limitado em relação a capacidade de confecção de uma diretiva antecipada. Claramente as limitações do Código Civil visam proteger o patrimônio e não as escolhas existenciais. Veja como exemplo o caso do pródigo, de modo algum deveria estar assistido ao elaborar o documento em questão<sup>182</sup>.

Se o Brasil adotasse o raciocínio legislativo de diversos países, qual seja, a capacidade legal, as diretivas antecipadas não seria uma possibilidade aos maiores de 16 anos. Retirar-se-ia, por exemplo, dos ébrios ou viciados em tóxicos a possibilidade de tomarem suas decisões sobre os tratamentos pelos quais querem ser submetidos, ainda que não tenham sua lucidez e discernimento afetados para tanto.

O foco da crítica de Éverton Pona, é a fixação de um critério objetivo para determinar se o sujeito pode ou não exercer diretamente seus direitos personalíssimos. Assim, o discernimento e não a capacidade, tal como tradicionalmente conhecida, deve ser o requisito para que uma pessoa possa valer-se desse instrumento.

Ao lado, portanto, da capacidade de direito e de fato, tem-se proposto uma nova espécie, denominada capacidade para consentir, a qual deve ser constatada *in concreto*, e segundo a sugestão doutrinária, deve ser controlada via judicial<sup>183</sup>.

Assim, no momento da assinatura do documento, o indivíduo deverá ter consciência do ato que pratica, sem a fixação de limites objetivos para tanto. Todavia, de forma muito prudente,

---

<sup>180</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 94-111.

<sup>181</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 94.

<sup>182</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 94-98.

<sup>183</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 95.

o autor Éverton Pona<sup>184</sup>, lembra que o cerne da diretiva antecipada de vontade é de fato a preservação da autonomia do sujeito e, em caso de permitirem alguém no estado de consciência reduzida confeccionar esse instrumento, a sua autonomia também estaria sendo violada, posto que sua vontade poderia não ser livre.

Como se vê, por não haver previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, é ainda controverso quem é capaz de elaborar uma diretiva antecipada. Todavia, o que se pode afirmar como consenso é que, na época de sua elaboração, o sujeito deve ter consciência do que está fazendo, tendo um claro consentimento de modo a ser livre e muito bem esclarecido.

Em outras palavras, o discernimento do paciente é essencial para que se consiga assegurar o exercício da autonomia do indivíduo. O outorgante deve ser capaz de compreendendo as informações relevantes que lhe são passadas.

### 2.1.3 REVOGAÇÃO

Existe um problema ético a ser levantado no que diz respeito ao uso da DAV: ainda que aptas e legitimadas a elaborarem as diretivas antecipadas de vontade, algumas pessoas podem estar tomando decisões precipitadas. Isso ocorre quando se deparam com a imagem de um futuro “eu incapacitado” e acabam decidindo a forma com que desejam ser tratados, de maneira vulnerável<sup>185</sup>.

Há de se ter em mente toda a incerteza subjacente a esse hipotético porvir<sup>186</sup>. Surgem indagações quando se pensa em hipóteses como: e se na época da elaboração das diretivas antecipadas, a doença que tomava a autonomia do outorgante, considerada terminal, é encontrada sua cura quando o sujeito já está incapacitado de manifestar sua vontade. Como fica a validade desse instrumento? E quando o paciente opta por terapias já não mais existentes, ou que já estão superadas? Como proceder? Há limite ao respeito da vontade do sujeito?

É necessário se ter em vista que as diretivas antecipadas são documentos facultativos, sendo plausível a sua modificação, elaboração e revogação em qualquer momento da vida<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 94-111.

<sup>185</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

<sup>186</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

<sup>187</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

As DAV possuem efeito *erga omnes*, o que vincula os médicos, parentes e o eventual procurador de saúde às suas disposições. Tal caráter vinculante evita a jurisdicionalização do morrer, que inevitavelmente ocorreria diante da recusa médica de seguir as disposições de tais diretivas<sup>188</sup>.

Na experiência estrangeira, pode-se citar um exemplo como a lei portuguesa que dispõem um prazo de validade para as DAV de cinco anos. A lógica utilizada para a estipulação de um prazo é que a ciência médica está em constante evolução, e uma doença que é dada como terminal na data da elaboração do documento, pode vir a se tornar curável<sup>189</sup>.

Todavia, autores como Greco, Tupinambás e Dadalto<sup>190</sup>, criticam a ideia de estipulação de um prazo de validade. A explicação para isso é que as diretivas antecipadas de vontade são revogáveis a qualquer tempo, além de que, quanto ao argumento do avanço da medicina, este é considerado falho pelos autores, porque um dos limites das DAV é justamente a “inaplicabilidade de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos que já tenham sido modificados pela ciência médica, de modo que simples verificação de que a medicina avançou”<sup>191</sup> e que um tratamento não é mais utilizado ou recomendado, implicaria na revogação tácita e automática das diretivas antecipadas.

É o que a autora Luciana Dadalto reitera em um artigo solo:

O argumento do avanço da medicina cai por terra com a simples verificação dos limites da declaração prévia de vontade do paciente terminal, quais sejam: a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos já modificados pela ciência médica<sup>192</sup>.

Maria Inês Nunes e Márcio Fabri dos Anjos<sup>193</sup>, relembram que a própria resolução que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, Resolução CFM n. 1.995/12, aponta

---

<sup>188</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Atlas: São Paulo, 2015, p. 99-100.

<sup>189</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

<sup>190</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

<sup>191</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 470.

<sup>192</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 538.

<sup>193</sup> NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, ano 2014, p. 241-251.

que o médico poderá deixar de considera-las quando estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica (art. 2º, §2º da Resolução CFM 1.955/12)

É diante deste complexo contexto que Greco, Tupinambás e Dadalto<sup>194</sup>, defendem a ideia de que o outorgante das DAV deve ser informado da possibilidade de, a qualquer tempo, ter seu documento revogado, seja de forma tácita, pela elaboração de um novo instrumento revocatório ou por sua própria vontade.

Estes autores também levantam a hipótese de suspensão das DAV em caso de gestação. Greco, Tupinambás e Dadalto<sup>195</sup> entendem que em casos de gravidez, a diretiva antecipada será suspensa até o final da gestação. Justifica-se esse posicionamento com a ideia de que o paciente é livre para decidir sobre os cuidados com sua saúde, até o momento em que sua escolha possa trazer prejuízos para terceiro<sup>196</sup>.

Na visão de Nelson Rosenvald<sup>197</sup>, em regra, podem as diretivas antecipadas serem inquinadas de invalidez ou ineficácia. Para o estudioso, no Brasil, o caso de invalidez das diretivas pode ser visualizado quando uma pessoa, por exemplo, declara cláusulas de eutanásia, que serão nulas perante ordenamento jurídico brasileiro, seria basicamente um pedido de abreviação da vida na eventualidade de uma doença crônica, grave e incurável. O conteúdo, portanto, é inválido.

Já em outros casos, Nelson Rosenvald destaca que, ainda que juridicamente válido o conteúdo das diretivas, pode vir a acontecer uma ineficácia superveniente.

Poderíamos exemplificar com a pessoa que dispensa tratamentos fúteis que prolonguem a sua vida com intenso sofrimento e sem resultados efetivos- uma válida prática de ortotanásia. Porém, muitos anos depois, ao tempo da terminalidade da vida, surge nova terapêutica, sem a mácula da desproporcionalidade. O representante do autor das diretivas poderá aquiescer ao tratamento, não obstante aparente conflito de interesses com a pessoa em estado de inconsciência<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 470.

<sup>195</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 468.

<sup>196</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 267.

<sup>197</sup> ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/10/25/Enquanto-voc%C3%AA-dormia>>, acesso em: 26.10.2016.

<sup>198</sup> ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2016/10/25/Enquanto-voc%C3%AA-dormia>>, acesso em: 26.10.2016.

Como Carlos Barcellos ressalta, “o exercício de um direito tem limites e, nesse caso, os limites são por exemplo, a vedação da eutanásia (considerada crime e infração ética), do auxílio ao suicídio (considerado crime e infração ética), bem como a supressão de cuidados paliativos (considerada infração ética)”<sup>199</sup>.

Um dos principais efeitos positivos que as DAV trazem é a capacidade de realizar o desejo do paciente de trata-lo com terapias menos invasivas. Então quando surgir novas formas de tratamento que não afetem o paciente da forma que costumava afetar, há de se reconhecer a revogação tácita das DAV.

Uma saída levantada por vários autores, seria a elaboração de um testamento vital em concomitância com um mandato de duradouro. Assim, quando houver uma situação que invalide o testamento ou que não esteja previsto no referido documento, possa o procurador de saúde nomeado, escolher a melhor terapia a ser usada, em respeito às vontades do paciente.

## 2.2 TESTAMENTO VITAL

“Diante da morte, na prática, não somos iguais. Alguns sofrerão; outros não. [...] Alguns afirmam que toda a vida humana continua digna de respeito incondicional, qualquer que seja o grau de sua alteração física ou mental; outros não aceitam esses declínios”<sup>200</sup>.

As decisões que envolvem a escolha de como se deseja ser tratado ao final da vida, podem ser manifestadas de forma definitiva através de uma declaração prévia, conhecida como diretivas antecipadas de vontade. Como já dito, as diretivas antecipadas de vontade são gêneros, e se referem a documentos pelos quais “uma pessoa expressa antecipadamente suas preferências em relação aos tratamentos e cuidados médicos que deseja ou não receber para a ocasião em que não possa expressar-se autonomamente, ou então, nomeia um procurador para a tomada das decisões em seu lugar”<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 252.

<sup>200</sup> LEBEAU, Bernard. *A eutanásia e a livre escolha*. Le monde. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511735-a-eutanasia-uma-livre-escolha>>. Acesso em 27.10.2016.

<sup>201</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 40.

Há duas modalidades de diretivas: o testamento vital, o foco no momento, e o mandato duradouro. O testamento vital, é um instrumento pelo qual uma pessoa apresenta seus desejos de suspender ou não tratamentos médicos quando se encontrar em estado de incapacidade, a ser utilizado quando o outorgante estiver no fim da vida, quando não há mais expectativa de recuperação<sup>202</sup>.

Pode-se dizer que a principal diferença entre as duas modalidades de diretivas antecipadas, é que o testamento vital, se destina a situações de terminalidade, momento em que não há mais nada que possa ser feito para se evitar o evento morte.

O testamento vital deve ser elaborado antes da situação de terminalidade do paciente, quando o sujeito ainda possui discernimento de seus atos. Pormenorizando as especificidades deste instrumento, verifica-se que o referido documento “deverá ser escrito por pessoa com discernimento e será eficaz apenas em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir sua vontade”<sup>203</sup>.

É válida a ressalva feita por Luciana Dadalto, no sentido que o testamento vital tem ganhado abrangência quanto a sua aplicação. “Estudos recentes comprovam que os testamentos vitais não se aplicam apenas à situação de terminalidade, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente em situações de fim da vida. São estes: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas [...]”<sup>204</sup>. A autora defende a manutenção da necessidade de o outorgante estar impossibilitado de expressar livremente e conscientemente sua vontade para que o testamento vital gere efeitos.

O fundamento que sustenta o testamento vital, é o respeito à autonomia do paciente e seu direito de decidir sobre os procedimentos médicos que afetam sua integridade corporal. O testamento vital, portanto, é um “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: dialogo sobre a vida, morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015, p. 14-15.

<sup>203</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 538.

<sup>204</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

<sup>205</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de Morrer dignamente*. In: Maria Celeste Cordeiro Santos (org.). *Biodireito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 295.

É terrível pensar nisso. Mas, se você estivesse em uma unidade de terapia intensiva (UTI), até que ponto gostaria que fossem feitos esforços para reanima-lo? [...] O que você gostaria que fosse feito: lutar pela preservação da vida a todo custo ou deixar que a natureza seguisse seu curso?<sup>206</sup>

As decisões que devem ser tomadas em um estado de incapacidade do sujeito, não possuem conotações de certo ou errado, cada pessoa, com base em seus próprios valores e vivências chegará a sua resposta. Porém, para que tais decisões tenham voz e sejam devidamente cumpridas, é necessário externalizá-las e, uma garantia muito forte para sua preservação é de fato o testamento vital.

Luciana Dadalto Penalva destaca que tanto o testamento civil, presente no direito sucessório, quanto o testamento vital, aqui discutido, são negócios jurídicos, ou seja, declarações de vontade privada, que se destinam a gerar efeitos que o agente pretende e o direito reconhece, sendo ambos unilaterais, personalíssimos, gratuitos e revogáveis<sup>207</sup>.

Entretanto, diferente do testamento civil, o testamento vital visa ser eficaz em vida. O testamento no direito das sucessões destina-se a produzir efeitos após a morte do testador, com disposições de cunho, primordialmente patrimonial. Sendo que, o testamento vital, ao contrário, se destina a produzir efeitos antes do falecimento, e dispõe sobre situações jurídicas subjetivas existenciais e autonomia do sujeito<sup>208</sup>.

Ainda que ambos sejam negócios jurídicos com claras diferenças, é inegável que a nomenclatura “testamento” vital pode causar confusão e, em vista disso, Luciana Dadalto propõe a expressão “declaração prévia de vontade do paciente terminal” como sinônimo de testamento vital<sup>209</sup>.

### 2.2.1 ASPECTOS GERAIS

A autonomia privada que legitima a possibilidade de ser elaborado o testamento vital, não é ilimitada. Retoma-se, ela deve estar de acordo com as normas jurídicas vigentes e as normas éticas do profissional de saúde<sup>210</sup>, além de que, “as disposições que são contraindicadas

<sup>206</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 17.

<sup>207</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 538.

<sup>208</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 40-43.

<sup>209</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-549.

<sup>210</sup> DADALTO, Luciana. *A conduta médica diante do testamento vital*, 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/conduta-medica-diante-testamento-vital>>. Acesso em: 30.10. 2016.



à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela Medicina, também não podem ser consideradas válidas, pois são contrárias ao melhor interesse do paciente”<sup>211</sup>.

O objeto que deve ser tratado no Testamento Vital, diz respeito aos tratamentos extraordinários, aqueles que visam prolongar a vida mediante o uso de tratamentos fúteis que não irão alterar a situação de terminalidade, pois a morte é inevitável.

Não obstante a necessidade de se definir *in concreto* quando determinado tratamento torna-se fútil, a doutrina estudada aponta a internação em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos etc., como tratamentos que, via de regra, são considerados fúteis em pacientes terminais<sup>212</sup>.

Imperioso ressaltar que os tratamentos que viabilizam o cuidado de modo digno do paciente terminal, conhecidos como cuidados paliativos, que visam permitir que o processo de morrer aconteça nas melhores condições possíveis, amenizando o sofrimento e assegurando a qualidade de vida do paciente, não devem ser objetos do Testamento aqui tratado<sup>213</sup>.

Deste modo, verifica-se que o paciente em fim da vida, deverá ser tratado de modo digno, recebendo, portanto, os cuidados paliativos que tem como objetivo amenizar o seu sofrimento, assegurando, assim, a qualidade de vida. Em contrapartida, os tratamentos extraordinários que visam prolongar a vida sem ser capaz de alterar a situação de terminalidade, estes sim, devem ser objeto no testamento vital. A suspensão dos tratamentos fúteis é chamada de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET)<sup>214</sup>.

Quanto ao conteúdo, a doutrina estrangeira tem apontado para três pontos fundamentais: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a SET, a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais, a não utilização de máquinas e previsões relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras; a nomeação de um procurador [...] e a manifestação sobre eventual doação de órgãos [...]<sup>215</sup>.

Devem ser registradas no testamento vital as decisões e condutas que o outorgante deseja que sejam aplicadas, ou não, em um estado de incapacidade de manifestar seus desejos,

---

<sup>211</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2015, p. 102.

<sup>212</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 41.

<sup>213</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 527.

<sup>214</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2015, p. 97-103.

<sup>215</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2015, p. 99.

ao encarar a realidade de que sua morte é certa. “Em linhas gerais, o testamento vital, nos ordenamentos jurídicos alienígenas tem como conteúdo disposições de recusa e/ou aceitação de cuidados e tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, disposições sobre doação de órgãos e nomeação de um representante”<sup>216</sup>.

No que tange a ideia de recusar ou aceitar cuidados e tratamentos, como visto, no ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispensar os cuidados paliativos, estes são garantidores do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>217</sup>.

Dentre os conteúdos que são vetados a serem tratados através do testamento vital, deve se ter em mente que a eutanásia, forma de causar a morte de um paciente terminal a pedido dele, é conduta ilícita no Brasil<sup>218</sup>. Portanto, caso um paciente venha a escrever no testamento vital seu desejo de ser submetido à eutanásia, ocorre a revogação tácita do documento. O médico é obrigado a cumprir com esta declaração prévia de vontade, apenas quando estiver de acordo com a legislação brasileira e os preceitos do código de ética médica, razão pela qual o testamento vital é constantemente atrelado à ortotanásia<sup>219</sup>.

O conceito de ortotanásia permite ao doente, cuja doença ameaça gravemente sua vida ou que já entrou numa fase irreversível, e àqueles que o cercam, enfrentar a morte com certa tranquilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida quando esse é procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou<sup>220</sup>.

A ortotanásia assim, refere-se a conduta médica, frente a morte iminente e inevitável do paciente, de não se utilizar de meios extraordinários e fúteis para prolongar a vida do enfermo, passado a prestar os cuidados paliativos, ou seja, medidas de controle da dor e de conforto físico e psicológico do doente<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2015, p. 181-182.

<sup>217</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2015, p. 181-184.

<sup>218</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira. *A morte digna sob a ótica judicial*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Morte, Vida e Dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010

<sup>219</sup> DADALTO, Luciana. *A conduta médica diante do testamento vital*, 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/conduta-medica-diante-testamento-vital>>. Acesso em: 30.10.2016.

<sup>220</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de P.; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 10ª ed. 2012, p. 431-432.

<sup>221</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 133-144.

Atinente a constitucionalidade da ortotanásia, o Juiz Federal da 14ª Vara do Distrito Federal, Dr. Roberto Luiz Luchi Demo, na sentença definitiva da Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal contra a Resolução 1.805/06 do CFM, declarou quem o instituto da ortotanásia “não ofende o ordenamento jurídico posto”<sup>222</sup>.

Assim, do ponto de vista jurídico a ortotanásia encontra-se albergada na Constituição Federal de 1988, além de não ser um ilícito penal, uma vez que inexiste qualquer nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado morte do paciente terminal, já que a morte era algo certo e irreversível<sup>223</sup>.

Pode-se dizer que tanto a ortotanásia quanto a declaração prévia de vontade do paciente terminal (testamento vital), são atos de autonomia existencial, nos quais o sujeito programa a forma com que deseja ser tratado no leito de morte. A diferença entre estes institutos, segundo Nelson Rosenvald, repousa no fato de que a ortotanásia é um ato de autonomia em que o paciente está consciente, e é ele próprio que se direciona ao profissional da saúde e externaliza sua vontade. Ao passo que no testamento vital, o sujeito está inconsciente e sua vontade é expressa, por escrito, no documento em questão (informação verbal)<sup>224</sup>.

Posto isso, pode se diferenciar duas situações, o paciente terminal consciente e o inconsciente.

A primeiro é uma situação mais confortável para os médicos, vez que o paciente assume a condição de sujeito completamente autônomo. Em contrapartida, quando o paciente terminal estiver inconsciente, sua autonomia estará reduzida, razão pela qual os médicos devem se valer dos desejos anteriormente expressados pelo paciente, por meio do testamento vital, ou quando este documento não existir, da autonomia da família e de sua própria autonomia [...]<sup>225</sup>.

Assim, o paciente que detém o domínio de sua vontade, pode exercer sua autonomia de forma direta, nesses casos ambas as espécies de declarações prévias de vontade não geram

---

<sup>222</sup> DISTRITO FEDERAL. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014209-3. Brasília, 01 de dezembro de 2007, p. 02. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

<sup>223</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 173-178.

<sup>224</sup> Informação fornecida por Nelson Rosenvald, no II Forum Atlas de Direito Civil e Processo Civil, na Faculdade de Direito UFSC, em 21 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UFDA1ez4xCg>>. Acesso em 18.08.2016.

<sup>225</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

efeitos. Mas, diante do estado de inconsciência e terminalidade a forma de preservar a autonomia e o poder de exprimir seus desejos, é através do testamento vital.

Os objetivos de se confeccionar essa declaração prévia de vontade são vários e muitas vezes pessoais, destacam-se três, quais sejam, o respeito a autonomia do paciente, tendo em vista que os médicos são treinados para salvarem vidas, sem pensar muitas vezes na qualidade delas; a garantia de que a decisão familiar será mais tranquila e harmônica, afinal, “uma das grandes angústias e fontes de desavenças familiares entre aqueles que têm uma pessoa querida em estado terminal é a questão de até que altura se deve investir na terapia do paciente, e quais são, de fato, suas vontades”<sup>226</sup>, além de deter, por fim, uma finalidade jurídica, tanto para garantir que o desejo do indivíduo seja respeitado, quanto para defender profissionais da medicina em relação a possíveis insurgências<sup>227</sup>.

O testamento vital garante a quem o escreve, o direito de decidir sobre seu fim.

**O fundamento legal do testamento vital é a autonomia da vontade, a livre escolha do ser humano e o princípio constitucional de sua dignidade humana, sendo importante que seus desejos sejam documentados e manifestados de forma consciente e esclarecida, o que se faz através do testamento vital, que registra o tratamento que o paciente deseja receber quando sua morte se aproximar**<sup>228</sup>.

Quanto ao momento em que o testamento vital terá eficácia, pode-se dizer que este instrumento de autonomia do paciente apenas emanará seus efeitos quando seu outorgante estiver fora de possibilidades terapêuticas<sup>229</sup>, portanto, em estado terminal.

Por fim, pode-se dizer que a principal finalidade deste testamento é fazer uma declaração prévia de vontade, antes de acontecer um fato que leve o testador a um estado clínico que o impeça de exprimir seus desejos<sup>230</sup>.

## 2.2.2 A EXECUÇÃO

Colocar em prática as vontades elencadas no testamento vital, pode ser um verdadeiro desafio. A família poderá se manifestar contra e o médico poderá ter um posicionamento

---

<sup>226</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 22.

<sup>227</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 48.

<sup>228</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 21- grifo no original.

<sup>229</sup> DADALTO, Luciana. *A conduta médica diante do testamento vital*, 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/conduta-medica-diante-testamento-vital>>. Acesso em: 30.10.2016.

<sup>230</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 44.

diferente do que está posto no instrumento. Nesse emaranhado de confrontos de ideias, estudos já apontam algumas soluções.

Para Ernesto Lippmann, “no conflito entre a família e o desejo manifestado pelo testamento vital, sempre prevalece a vontade expressa no testamento, pois ele foi firmado pelo paciente”<sup>231</sup>.

De mesmo modo, a Resolução n. 1.995, do CFM, externaliza no artigo 2º, §3º que “as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”<sup>232</sup>.

Assim, não há possibilidade de alguém da família acrescentar ou alterar cláusulas do testamento. A vontade da família somente irá prevalecer quando não houver o referido instrumento de autonomia<sup>233</sup>.

O testamento vital, em regra, produz efeito *erga omnes*, o que vincula os médicos, parentes e o eventual procurador de saúde às suas disposições. Todavia, a autora Luciana Dadalto levanta a questão do direito do médico à objeção de consciência, portanto, o direito de não realizar determinados pedidos elencados. Dispõe a referida estudiosa que:

[...] é direito do médico, diante do testamento vital, não atender a vontade do paciente. Entretanto, esta recusa deve estar balizada por razões éticas, morais, religiosas, ou qualquer outra razão de foro íntimo. Não é possível, desta forma, que a objeção de consciência do médico seja respaldada por recusa injustificada; é necessário externar o motivo pelo qual está recusando a cumprir a disposição de vontade do paciente e, neste caso, deverá encaminhá-lo para cuidados de outro médico<sup>234</sup>.

O Código de Ética Médica, prevê que é direito do médico “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”<sup>235</sup>. O médico, ao recusar seguir os desejos elencados no testamento vital por questões de foro íntimo, deverá, por conseguinte, encaminhar o paciente para outro profissional.

---

<sup>231</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 41-42.

<sup>232</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução* n. 1.995/2012, art. 2º, §3º. Disponível em: <<http://bit.ly/207VBbw>>. Acesso em 29.10.2016.

<sup>233</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 53.

<sup>234</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100-101.

<sup>235</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução* n. 1.931, de 10 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://bit.ly/2gyRqtD>>. Acesso em 31.10.2016. p. 33.

Nos casos em que o paciente possui expresso o seu desejo de não ser reanimado, há uma discussão que gira em torno da relação do testamento vital em situações que não envolvam doenças graves, mas sim, por exemplo, acidentes de carro ou assalto que resultem em ferimentos graves<sup>236</sup>.

Nesse caso, a ordem de não reanimação não significa a renúncia de tratamento por parte do paciente, pois o testamento vital é feito com a principal finalidade de propiciar a morte com dignidade nas situações de doença que não tenham possibilidade de cura<sup>237</sup>.

Assim sendo, quando há qualquer possibilidade de recuperação do paciente, o testamento vital não chegará a ser executado, uma vez que ele se destina a casos em que a morte é inevitável. Segundo Ernesto Lipmann<sup>238</sup>, quando a finalidade de levar o paciente à Unidade de Terapia Intensiva (UTI) é a restauração de sua saúde, o testamento vital não surtirá efeitos. Posteriormente quando se constatar que o quadro é incurável, somente nesse momento é que o instrumento emanará seus efeitos.

Retoma-se a ideia de que as cláusulas elencadas no testamento vital que violarem as normas do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive aquelas que dispõem sobre procedimentos que caracterizam eutanásia, não serão aplicadas posto que, estarão tacitamente revogadas.

Como Bermejo e Belda retratam, “o documento só é levado em conta quando se refere a situações sobre as quais o outorgante manifestou seus desejos. Por outro lado, se os desejos forem contrários ao direito ou à boa prática médica, tampouco serão aplicadas as instruções prévias”<sup>239</sup>.

Finalmente, no que tange a boa prática médica prudente lembrar que quando os desejos do outorgante forem obsoletos no que diz respeito a novas técnicas mais adequadas para seu tratamento, as instruções do testamento vital, estarão revogadas<sup>240</sup>.

Como a medicina avança a passos largos, não são raras as vezes que se descobrem novas drogas e novos tratamentos, por conseguinte revogar as disposições contrárias a essas novas técnicas evita-se a suspensão de esforços terapêuticos em casos que não mais se caracterizam

---

<sup>236</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 50-52.

<sup>237</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 51.

<sup>238</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 51.

<sup>239</sup> BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: dialogo sobre a vida, morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015, p. 27.

<sup>240</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: atlas, 3ª ed., 2015, p. 91-103.

como obstinação terapêutica, pois surgiram novos tratamentos ordinários, inexistentes à época da realização do testamento vital<sup>241</sup>.

### 2.2.3 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

É de grande valia a análise da experiência estrangeira quanto a implementação do instituto do testamento vital nos ordenamentos jurídicos alienígenas, uma vez que ainda carece de normatização no ordenamento jurídico brasileiro<sup>242</sup>.

As diretivas antecipadas (*advance directives*) são legitimamente norte-americanas. O *living will* (testamento vital) foi inicialmente proposto pela primeira vez na Sociedade Americana para a Eutanásia, como um “documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as invenções médicas de manutenção da vida”<sup>243</sup>.

O primeiro modelo de *living will* foi traçado em 1969, suas premissas foram cunhadas por Luis Kutner<sup>244</sup>. Seu raciocínio mostra um consentimento livre e esclarecido, inclusive chegando a tratar sobre a possibilidade de se acrescentar uma cláusula ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), documento assinado antes de cirurgias ou procedimentos mais radicais, manifestando a recusa a tratamentos caso entrasse em um quadro incurável de saúde<sup>245</sup>.

O estudioso Luis Kutner<sup>246</sup> já defendia que seguir os desejos do paciente, que se encontra em um quadro irreversível e incurável de saúde, não caracterizaria eutanásia, já que tal recusa não inclui os meios ordinários de preservação de vida.

Desta feita, Kutner propôs um documento, ao qual atribui o nome de *living will*, em que o paciente deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou terminalidade fosse comprovada inclusive, propôs que os seguidores da religião Testemunha de Jeová o utilizassem para manifestarem recusa à transfusões sanguíneas. Com este estudo, Luis Kutner alicerçou as bases do testamento vital, a partir disso,

<sup>241</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: atlas, 3ª ed., 2015, p. 91-103.

<sup>242</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 57-90.

<sup>243</sup> EMANUEL, Ezekiel J. EMANUEL, Linda L. *Living wills: past, presente and future*. Apud. DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106.

<sup>244</sup> KUTNER, Luis. *Due processo f Euthanasia: The living will, a proposal*. Indiana Law Journal v. 44, p. 539-554, 1969. Disponível em: < <http://bit.ly/2fUlgDD> >. Acesso em 30.10.2016.

<sup>245</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: atlas, 3ª ed., 2015, p. 105-115.

<sup>246</sup> KUTNER, Luis. *Due processo f Euthanasia: The living will, a proposal*. Indiana Law Journal v. 44, p. 539-554, 1969. Disponível em: < <http://bit.ly/2fUlgDD> >. Acesso em 30.10.2016.

tem sido estudado, discutido, modificado e criticado pelos estudiosos da Bioética. Desde então, os Estados Unidos em muito evoluíram nos documentos de manifestações de vontade para tratamentos médicos<sup>247</sup>.

Os Estados Unidos têm sua legislação criada a partir da jurisprudência, posto que seu sistema legal é o *common law*. Desta maneira, passa-se à análise de casos que foram importantes na implementação do testamento vital no ordenamento jurídico americano.

O primeiro caso judicial que tratou de *living will* foi o de Karen Ann Quinlan, em 1975, no Estado de Nova Jersey. Seus pais ao serem informados da irreversibilidade do seu caso, solicitaram a retirada do aparelho respiratório que a mantinha viva. Diante da recusa médica, motivada por razões morais, seus pais acionaram o Poder Judiciário do estado, em busca de autorização para a interrupção do esforço terapêutico<sup>248</sup>.

Negado em primeira instância, o pedido chegou à Suprema Corte de Nova Jersey, que concedeu à família o direito de solicitar ao médico o desligamento dos aparelhos. A paciente manteve-se viva por mais nove anos com seu estado clínico imutável, mesmo sem a ajuda dos aparelhos<sup>249</sup>.

No mesmo ano, motivado pela repercussão deste caso, o Estado da Califórnia aprovou o documento intitulado *Natural Death Act*<sup>250</sup>, “lei que garantia ao indivíduo o direito de recusar ou suspender um tratamento médico e protegia os profissionais da saúde de eventual processo judicial por terem respeitado a vontade manifestada pelo paciente”<sup>251</sup>.

Após a aprovação do documento, elaborou-se na Califórnia, orientações com a finalidade de auxiliar os médicos no uso dos métodos artificiais de prolongamento de vida, chamadas de *Guidelines and Directive*<sup>252</sup>.

Além de estabelecer que apenas maiores de 18 anos e capazes poderiam elaborar uma diretiva antecipada, o documento *Guidelines and Directive* previu para este instrumento um

---

<sup>247</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107-108.

<sup>248</sup> ROCHA, Andreia Ribeiro et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente termina: reflexão bioética*. Revista Bioética. v. 21, n. 1, 2013, p. 84-95.

<sup>249</sup> ROCHA, Andreia Ribeiro et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente termina: reflexão bioética*. Revista Bioética. v. 21, n. 1, 2013, p. 84-95.

<sup>250</sup> Disponível em: <<http://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=mlr>>. Acesso em 02.11.2016.

<sup>251</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

<sup>252</sup> ROCHA, Andreia Ribeiro et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente termina: reflexão bioética*. Revista Bioética. v. 21, n. 1, 2013, p. 84-95.



prazo de validade de cinco anos, a sua suspensão durante a gravidez e a feitura do documento de forma livre<sup>253</sup>.

Outros estados norte-americanos regulamentaram o testamento vital, em função da aprovação do *Natural Death Act*, mas uma lei federal só foi possível após o caso Nancy Beth Cruzan ter chegado à Suprema Corte em 1990 <sup>254</sup>.

Nancy sofreu um acidente de carro em 1983, que a deixou em coma permanente e irreversível, vindo a ser diagnosticada em Estado Vegetativo Persistente (EVP). Frente a esse diagnóstico aliado ao fato que Nancy havia manifestado previamente seu desejo de não ser mantida viva sob essas condições, seus pais requereram aos médicos a suspensão de sua alimentação e hidratação artificial, o que veio a ser negado em primeira instância. A Suprema Corte americana deferiu esse pedido em 1990, ordenando o cumprimento do desejo da paciente<sup>255</sup>.

Foi nesse contexto social e sob forte clamor público que os Estados Unidos aprovaram em 1991 o *Patient Self-Determination Act* (PSDA), a primeira lei federal que reconheceu o direito à autodeterminação do paciente. Esta lei traz a “instituição das diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestações de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécies o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health care* (mandato duradouro)”<sup>256</sup>.

Como se sabe, nos Estados Unidos, cada estado possui sua autonomia para legislar a respeito de assuntos específicos, dessa maneira, a PSDA é apenas uma diretriz mas certa de 35 Estados norte-americanos possuem a própria legislação sobre as diretivas antecipadas<sup>257</sup>.

Na Europa, a discussão sobre as diretivas antecipadas de vontade ganhou grandes proporções com a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, ratificada por Portugal,

---

<sup>253</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106-115.

<sup>254</sup> ROCHA, Andreia Ribeiro et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente termina: reflexão bioética*. Revista Bioética. v. 21, n. 1, 2013, p. 84-95.

<sup>255</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106-115.

<sup>256</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

<sup>257</sup> ROCHA, Andreia Ribeiro et al. *Declaração Prévia de vontade do paciente termina: reflexão bioética*. Revista Bioética. v. 21, n. 1, 2013, p. 84-95.

Espanha e Suíça. Sendo que esses dois primeiros países legislaram sobre o tema. Na América Latina recentemente as diretivas antecipadas foram legisladas pela Argentina e o Uruguai<sup>258</sup>.

Como visto, no cenário internacional há vários países que já legislaram sobre o tema, isso inclui, segundo Barcellos<sup>259</sup>, a Austrália, Espanha, Itália, Portugal, Finlândia, Holanda, Hungria, Bélgica, Inglaterra, Países de Gales, Alemanha, Áustria, França (com ressalvas), Argentina e Uruguai.

Dentre esses países, Portugal vem se destacando nas discussões sobre a legislação do testamento vital, sendo o estudo de sua legislação um importante norte para inserção de um instrumento similar em nosso ordenamento jurídico<sup>260</sup>. A importância da legislação portuguesa para o Brasil não é muito pelo conteúdo, já que ele se aproxima bastante do que já existe nos Estados Unidos e Espanha, e sim pela proximidade histórica com Portugal, consubstanciada com a ajuda que este país prestou ao Conselho Federal de Medicina na elaboração da Resolução n. 1.995/12 do CFM<sup>261</sup>.

A legislação que normatiza as diretivas antecipadas de vontade em Portugal é a Lei 25/2012.

No que tange à Lei nº 25/2012, essa contém uma clara confusão terminológica, vez que iguala o testamento vital às DAV e trata o mandato duradouro, lá chamado de procurador para cuidados em saúde, como outro instituto jurídico, olvidando-se que as DAV são gênero do qual fazem parte o testamento vital e o mandato duradouro<sup>262</sup>.

A lei portuguesa estabelece um prazo de eficácia de cinco anos para o testamento vital, define como requisitos de capacidade a maioridade, não ser portador de anomalia psíquica e ser capaz de externalizar seu consentimento de forma livre e esclarecida. Como limites às diretivas, a Lei n. 25/2012 prevê que as cláusulas que forem contrárias à ordem pública, leis e às boas práticas não produzirão efeitos, assim como aquelas que provocarem a morte não natural e

---

<sup>258</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

<sup>259</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 255-273.

<sup>260</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 261.

<sup>261</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131-135.

<sup>262</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

evitável do paciente e as que não tenham a vontade do outorgante expressada de forma clara e inequívoca<sup>263</sup>.

Uma inovação interessante que a Lei n. 25/2012 traz, é a criação de um registro nacional, RENTEV, que operacionaliza a aplicação do instrumento no país. O RENTEV é um sistema informático que permite que os médicos tenham acesso aos testamentos vitais registrados pelo paciente nessa plataforma online<sup>264</sup>.

Nota-se que o RENTEV apenas entrou em funcionamento no dia 1º de julho de 2014, portanto, mais de dois anos após a aprovação da lei que estabelecia sua criação. Esse está a cargo do Ministério da Saúde português, que disponibiliza, em um portal na internet, um modelo de DAV para que o outorgante preencha e entregue em um agrupamento de Centros de Saúde ou em Unidade Local de Saúde, que registrará o documento em um software chamado RENTEV<sup>265</sup>.

No que diz respeito a Argentina, antes mesmo da promulgação da Lei n. 26.529 de 21 de outubro de 2009, o país já possuía intensa produção doutrinária, jurisprudencial e legislativa sobre as diretivas antecipadas de vontade. O instituto foi positivado com a Lei n. 4.263 de 2007, na província de Rio Negro, se tornando a primeira lei argentina específica sobre o assunto, ainda que em nível provincial<sup>266</sup>.

Dentre outras especificações, a Lei n. 4.263/07, prevê o caráter revogatório das declarações de vontade, a qualquer momento, observada a capacidade e autonomia do outorgante, além de uma revogação tácita quando o outorgante expressar um consentimento informado contrário as suas declarações. Além disso, explicita que as vontades expressas no instrumento prevalecem sobre a opinião dos familiares e profissionais de saúde<sup>267</sup>.

Na experiência uruguaia é a Lei n. 18.473 de 2009, que regulamenta os direitos do paciente em expressar sua vontade ao final de sua vida. Todavia, antes dela, a Lei n. 18.335 de 2008 já dispunha sobre alguns aspectos relacionados com a recusa de tratamento médico<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de P.; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 10ª ed. 2012, p. 643-651.

<sup>264</sup> SANTOS, Laura Ferreira dos. *Testamento vital: uma saída “limpa”*. Disponível em: < <http://bit.ly/2gyYtIY>>. Acesso em: 02.11.2016.

<sup>265</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134.

<sup>266</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-154.

<sup>267</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144-154.

<sup>268</sup> ALMADA, Hugo Rodriguez. *La legislación uruguaya sobre las directivas de voluntad anticipada*. In. DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Primas, 2014, p. 199-212.

O artigo 1º da Lei n. 18.473/09, limita o direito de expressar sua vontade antecipada à pessoa maior de 18 anos e psiquicamente apta. Entretanto, no artigo sétimo abre espaço para que nos casos que envolvam crianças ou adolescente, havendo um grau de discernimento e maturidade, a decisão sobre o fim da vida pode vir a ser tomada pelos representantes legais em consulta com o incapaz e seu médico tratante<sup>269</sup>.

Al respecto, cabe señalar que la ley de derechos de los pacientes y su reglamentación asumen la doctrina de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, en armonía con la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes y el Código de la Niñez y la Adolescencia. De esta forma, la legislación sanitaria uruguaya reconoce la condición de sujetos de derechos de niños, niñas y adolescentes, incluidos los derechos a la privacidad, la confidencialidad, a la información y a consentir el acto médico, de acuerdo al grado de madurez alcanzado<sup>270</sup>.

Um dos aspectos inovadores dessa norma inclui a objeção de consciência do médico. “O art. 9º prevê a possibilidade de o médico não cumprir com as DAV deixadas pelo paciente, mas adverte que eventual escusa de consciência deve ser fundamentada. Em sendo admitida a objeção apresentada pelo médico, as DAV deverão ser cumpridas por outro profissional”<sup>271</sup>.

Como visto, o exame das experiências estrangeiras permite entender como as diretivas antecipadas de vontade e, portanto, como o testamento vital é normatizado nos ordenamentos alienígenas. Diante da ausência legislativa no Brasil o estudo desse instrumento nas experiências de outras nações permite verificar o que mais se encaixa em nossas necessidades leis, permitindo, inclusive, corrigir erros e copiar os acertos.

---

<sup>269</sup> ALMADA, Hugo Rodriguez. La legislación uruguaya sobre las directivas de voluntad anticipada. In. DADALTO, Luciana (cord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Primas, 2014, p. 199-212.

<sup>270</sup> Tradução Livre: A este respeito deve-se notar que a lei de direitos dos pacientes e sua regulamentação assumem a autonomia progressiva das crianças e adolescentes, em harmonia com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Iberoamericana sobre os Direitos do Jovem e o Código da Infância e Adolescência. Assim, a legislação sanitária uruguia reconhece o status de sujeito de direito à crianças e adolescentes, incluindo os direitos à privacidade, confidencialidade, à informação e o consentimento para o ato médico, de acordo com seu grau de maturidade alcançado. ALMADA, Hugo Rodriguez. La legislación uruguaya sobre las directivas de voluntad anticipada. In. DADALTO, Luciana (cord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Primas, 2014, p. 207.

<sup>271</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 266.

### 3 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil impera a carência normativa no que toca a validade das diretivas antecipadas de vontade, não há uma norma jurídica específica que as regulamente. Contudo, uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais, possui o condão para defender esse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro<sup>272</sup>.

O objetivo central desse estudo é construir uma argumentação jurídica a partir da ideia de que o exercício da autonomia para morrer é uma possibilidade normativa no contexto do Estado Democrático de Direito<sup>273</sup>.

Impera esclarecer que não há um fomento às práticas da eutanásia, tampouco um elogio à morte. Busca-se encerrar a finitude da vida como algo inegável, predestinado a todos. Portanto, o que se coloca em debate é a possibilidade de se autodeterminar segundo os preceitos constitucionais, podendo, inclusive, escolher para si, a forma com que deseja ser tratado diante de uma morte iminente.

Passa-se a ver a vida não mais como um dever jurídico ou moral, mas sim como um direito a ser exercido pela própria pessoa. Como esclarece Sá e Moureira, “permitir que a pessoa determine o fim da sua personalidade é fazer com que ela realize, no momento da sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida”<sup>274</sup>.

A partir da consciência de que a pessoa humana é um ser finito, diante de um quadro de saúde irreversível no qual a morte é uma certeza inequívoca, o enfermo deve ter sua dignidade preservada, não sendo sensível prolongar a sua vida com as duras penas que os tratamentos fúteis e inúteis impõem. A pessoa humana, goza de direitos de autodeterminação, podendo, inclusive, em um estado de incapacidade, externalizar suas vontades por meio de um documento chamado testamento vital.

---

<sup>272</sup> DADALTO, Luciana. *Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade*, 2013. Disponível em: < <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Aspectos-registraes-das-dav-civilistica.com-a.2.n.4.20131.pdf> >. Acesso em: 03.11.2016.

<sup>273</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p 185- 189.

<sup>274</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p 156.

Assim, passa-se a defender este instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O direito à vida é um direito fundamental elencado no art. 5º da Constituição Federal da República de 1988. Acreditou-se por muito tempo que os direitos fundamentais eram absolutos e invioláveis. Atualmente, segundo Silva e Gomes<sup>275</sup>, o entendimento é de que estes direitos estão suscetíveis a ponderações. Dessa maneira é possível relativizar o direito à vida, até porque, quando a vida deixa de ser digna, surge o direito a uma morte digna.

Portanto, “apesar de a vida ser um direito fundamental, como todo direito ele não é absoluto, por isso é inconcebível que uma pessoa seja obrigada a submeter-se a tratamentos médicos degradantes visando apenas prolongar dolorosamente a sua existência”<sup>276</sup>.

Em vista disso, ressalta-se que o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, vem garantir que nenhum sujeito de direito seja submetido a tratamento degradante ou desumano. Em complemento, segundo a interpretação de Diaulas Ribeiro<sup>277</sup> à luz da Constituição Federal, o artigo 15 do Código Civil de 2002, assegura que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, nem mesmo com risco de vida, em respeito à sua autonomia.

Desta feita, imputar a um indivíduo a obrigação de ser submetido a tratamento médico que apenas prolongará sua vida, sem nenhuma perspectiva de morar ou curar a enfermidade pode constituir verdadeiro tratamento desumano, caso a pessoa, no âmbito da sua esfera pessoal assim o entende<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. *Possibilidade de Inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 2012/1, n. 18, p. 205-220. Disponível em: < <http://bit.ly/2feeBDN> >. Acesso em 02.11.2016.

<sup>276</sup> CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: < <http://bit.ly/2fUvnbK> >. Acesso em 02.11.2016.

<sup>277</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. *A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia*. Bioética, Brasília, v. 13, n. 2, p. 112-120, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.sinajur.org/artigo13a.php>>. Acesso em: 05.11.2016.

<sup>278</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 75.

É com esse raciocínio que se assegura o direito à vida, mas não o dever dela. Ninguém será obrigado a se submeter a tratamento não desejado, principalmente em respeito à sua dignidade e autonomia.

Após as grandes guerras mundiais e a consequente centralização da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a abraçar qualquer indivíduo que submeta às normas brasileiras<sup>279</sup>.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, atribuiu a dignidade da pessoa humana um status de norma constitucional principiológica. Dessarte, a dignidade passou a operar “tanto como a fonte dos direitos fundamentais - em que exige e pressupõe para o reconhecimento e a proteção desses direitos - como também assume a condição de conteúdo dos mesmos”<sup>280</sup>.

Paralelo a inserção da pessoa no centro do ordenamento, novas situações tornaram-se fatos jurídicos, posto que passaram a gerar efeitos na órbita do Direito. O avanço da medicina guiado pelo surgimento de novas técnicas e terapias, propulsionou a admissão do caráter existencial da autonomia privada, antes dedicada exclusivamente às situações jurídicas patrimoniais<sup>281</sup>.

Somente após longos anos de evolução, atingiu-se a compreensão da autonomia como autodeterminação, permitindo-se ao indivíduo realizar escolhas e gerir sua vida não somente sob a ótica de seu patrimônio, mas, sobretudo, com vistas à realização de sua existência. O poder jurídico concedido pelo ordenamento ao indivíduo para criar normas jurídicas regulamentadoras de seus próprios interesses passou a permitir e exigir o respeito às decisões de natureza vital<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 58-59

<sup>280</sup> MARRERIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014, p. 80.

<sup>281</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 58-59

<sup>282</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 174-175.

“Emergiram, assim, o que atualmente chamamos de situações jurídicas existenciais às quais a lógica proprietária não se aplica, tendo em vista a dificuldade funcional de se estabelecer um vínculo coerente entre patrimonialidade e subjetividade”<sup>283</sup>.

Nessa perspectiva, se faz necessário pensar em instrumentos que resguardecem, de forma eficaz e válida, as manifestações de vontade acerca de situações existenciais. Sendo as diretivas antecipadas de vontade um desses instrumentos.

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) alicerçam as DAV. Isto porque, as DAV são uma forma de expressão de autonomia do indivíduo, além de ser instrumento garantidor da dignidade<sup>284</sup>.

Autonomia consiste no autogoverno, no direito de o sujeito eleger as regras que guiarão sua vida, desde que, claro, em consonância com as leis externas ditadas pelo Estado. “No âmbito do amplo catálogo de direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entende ser melhor para si, principalmente no que tange às decisões referentes a si mesma, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que sua ação seja responsável”<sup>285</sup>.

O maior fundamento do testamento vital, espécie do gênero diretivas antecipadas de vontade, no âmbito do Estado Democrático de Direito é a autonomia privada, especial instrumento concretizador da dignidade humana<sup>286</sup>. O testamento vital, portanto, é um instrumento garantidor da autonomia privada, principalmente porque assegura uma morte coerente com os valores elegidos pelo outorgante para guiar a sua vida e morte. “Por isso, admitir o testamento vital como instituto viabilizador da autonomia é medida coerente com o

---

<sup>283</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 59.

<sup>284</sup> DADALTO, Luciana. *Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade*, 2013. Disponível em: < <http://bit.ly/2dy4WJG> >. Acesso em: 03.11.2016.

<sup>285</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 60.

<sup>286</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 58-82.



catálogo aberto dos direitos fundamentais, de sede constitucional, posto que atrelado à autodeterminação do sujeito”<sup>287</sup>.

Correlato ao tema, é necessário tocar no fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XIV, assegura também o direito à informação como direito fundamental. Nesse sentido, é possível afirmar que na relação entre médico e o paciente, a verdade é também fundamental de forma a permitir o exercício pleno da autonomia do paciente<sup>288</sup>.

Ao lado do direito à informação há o direito ao consentimento informado, precursor do consentimento livre e esclarecido, este o “elemento central na relação médico-paciente, sendo resultado de um processo de diálogo e colaboração, visando a satisfazer a vontade e os valores do paciente”<sup>289</sup>.

Assim, diante de informações claras e objetivas e a consequente manifestação de vontade livre e consciente do paciente, junto com o devido respeito às vontades do indivíduo sobre suas escolhas no processo de morrer, há a garantia de efetividade ao princípio da autonomia, que por sua vez resguarda a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o instrumento do testamento vital é um documento plenamente apto a concretizar validamente a autodeterminação do indivíduo, uma vez que seu foco é preservar os interesses daqueles que não mais conseguem exprimir suas vontades acerca dos cuidados médicos que gostariam de ser submetidos<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 64.

<sup>288</sup> CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fUvnbK>>. Acesso em 02.11.2016.

<sup>289</sup> SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 78.

<sup>290</sup> CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fUvnbK>>. Acesso em 02.11.2016.

### 3.2 AUSÊNCIA NORMATIVA E A APLICAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

A atual ausência normativa que reconheça expressamente o testamento vital em nosso ordenamento, comumente funciona como estandarte contra a validade desse instituto, mormente quando cotejada com o direito à vida, constitucionalmente assegurado<sup>291</sup>.

Por outro lado, os já citados princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da autonomia (implícito no art. 5º), em consonância com a expressa previsão de proibição a tratamento desumano (art. 5º, III), mostram-se suficientes para corroborar com a ideia da possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro<sup>292</sup>, até porque “o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida”<sup>293</sup>. Uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade desse instituto em nosso ornamento<sup>294</sup>. É o que provará a seguir.

Autonomia relaciona-se com a possibilidade do indivíduo autorregulamentar seus próprios interesses. No campo jurídico, este princípio se apresenta como autodeterminação tanto na esfera patrimonial quanto existencial<sup>295</sup>.

“O testamento vital é expressão da autonomia do sujeito, garantidor da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos aos quais deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal, preserva sua vontade e evita sua submissão ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condição de reversibilidade da doença -, considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano diante da comprovação que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste”<sup>296</sup>.

Se a liberdade do sujeito para exercer sua autonomia apenas se limita na liberdade dos outros e não pode ser restringida por valores religiosos ou morais, a possibilidade de decidir

---

<sup>291</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 177.

<sup>292</sup> FERREIRA, Carolina Sousa de Araujo; MARTINS, Camila Araújo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: sua análise ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado*. Disponível em: < <http://bit.ly/2g8XRCh>>. Acesso em: 05.10.2016.

<sup>293</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 179.

<sup>294</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 178-181.

<sup>295</sup> PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada*. Curitiba: Juruá. 2015, p. 177.

<sup>296</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 179.

sobre o próprio corpo e saúde deve encontrar guarida no ordenamento jurídico pátrio<sup>297</sup>. “Trata-se de um espaço exclusivo para decisões pessoais, impermeável à ingerência de terceiros”<sup>298</sup>.

“Assim, reflexões sobre o testamento vital no âmbito do Estado Democrático de Direito não podem ignorar seu maior fundamento: a autonomia privada, especial instrumento concretizador da dignidade humana”<sup>299</sup>.

A validade deste instrumento na esfera infraconstitucional, evidencia-se primordialmente no artigo 15 do Código Civil. Este dispositivo de lei federal, interpretado sob a ótica constitucional, veda a possibilidade de alguém ser constrangido a fazer um tratamento ou intervenção cirúrgica, que não esteja de acordo, nem mesmo sob risco de vida, em respeito à sua autonomia<sup>300</sup>.

Não é difícil perceber que o testamento vital é um instrumento garantidor deste dispositivo legal, “vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida, e os procedimentos médico-hospitalares sempre representam riscos”<sup>301</sup>.

A aplicação do testamento vital, é um meio de impedir a submissão do paciente a tratamentos inúteis e invasivos, já que é possível entendê-lo como instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal<sup>302</sup>. A sua elaboração garante a dignidade do paciente, assegurando-lhe o direito de decidir sobre os tratamentos que deseja ser submetido, caso se torne paciente terminal.

Com isto, preserva sua vontade e evita que seja submetido ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condições de reversibilidade da doença –, aqui considerado como tratamento desumano,

---

<sup>297</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

<sup>298</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61.

<sup>299</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 61.

<sup>300</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 178-181.

<sup>301</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 180.

<sup>302</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

pois comprovadamente, não propiciará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, por não permitir a sua morte<sup>303</sup>.

No que diz respeito à comunidade bioética, a discussão dos direitos do paciente terminal e os limites impostos à ciência médica desaguará, inevitavelmente, no debate sobre validade do testamento vital. Sob esta ótica, para perquirir tais indagações, a bioética parte do conceito de cuidados paliativos, expressão máxima da ortotanásia<sup>304</sup>.

Cuidados paliativos, segundo a Organização Mundial da Saúde<sup>305</sup>, referem-se aos tratamentos que, diante do diagnóstico de terminalidade da vida, visam aprimorar a qualidade de vida dos pacientes e de suas famílias, aliando diminuição da dor física e alívio espiritual, englobando os cuidados com os familiares.

No ponto de vista da bioética, o testamento vital é um aliado na garantia de uma morte digna, resguarda a opção de escolha do paciente em não mais se submeter a esforços terapêuticos, frente a um diagnóstico de terminalidade. Essa escolha autônoma é limitada no próprio conceito de cuidados paliativos, na medida que apenas os tratamentos incapazes de reverter o quadro de terminalidade, podem ser suspensos<sup>306</sup>.

No âmbito jurídico, a validade do testamento vital apresenta uma lacuna normativa que não deve ser vista como óbice para que as pessoas manifestem suas vontades sobre os tratamentos que desejam ou recusam ser submetidas diante de um quadro de morte certa<sup>307</sup>. “Isto porque, o testamento vital é instrumento garantidor da autonomia do paciente, autonomia esta que não pode ser dissociada da Dignidade da Pessoa Humana”<sup>308</sup>.

Concordar que o testamento vital só pode ser válido ante a existência de norma específica é engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais, normas que, *per se*, possuem conteúdo aberto e se moldam a uma vasta gama de situações jurídicas, inclusive aquelas não tipificadas em regra. Logo a validade do testamento vital no Brasil não

<sup>303</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 535.

<sup>304</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

<sup>305</sup> Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 20.10.2016.

<sup>306</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

<sup>307</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 178-181.

<sup>308</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72.

está, e nem poderia estar, submetida à positivação, posto que existem princípios jurídicos capazes de validar essa manifestação de vontade, independentemente de lei específica<sup>309</sup>.

Muito embora seja possível se reconhecer a validade desse instituto através de princípios constitucionais, isso não afasta a necessidade de haver uma legislação específica sobre o tema, com a finalidade de disciplinar especificidades e formalidades inerentes ao instituto, de modo a assegurar ao outorgante que sua vontade será cumprida caso enfrente um diagnóstico de terminalidade<sup>310</sup>.

Ressalta-se que “não é a necessidade de legislação para garantias formais que ilide a validade dos testamentos vitais hoje existentes”<sup>311</sup>.

Assim, a legalidade desse instituto independe de uma norma específica, mas a sua criação seria muito importante no sentido de regularizar as questões formais do documento, quais sejam, forma, prazo de validade, data de início da produção de efeitos e os critérios para que uma pessoa possa ser considerada apta a elaborar um testamento vital, por exemplo, a comprovação do discernimento do outorgante no ato de manifestação da vontade<sup>312</sup>.

Logo, a criação de uma norma específica iria garantir a produção de efeitos desse instrumento em nosso ordenamento, até porque, a ausência normativa pode colocar em cheque o cumprimento da autodeterminação do paciente<sup>313</sup>.

A título exemplificativo da problemática que pode resultar a ausência de lei, cita-se os casos de oposição familiar no que diz respeito à vontade manifestada previamente pelo paciente terminal, onde, se por via análoga, fosse utilizada a interpretação da Lei n. 9.434/97, que prevê a necessidade do consentimento da família para a doação de órgão da pessoa diagnosticada com

---

<sup>309</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72.

<sup>310</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p. 178-181.

<sup>311</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 75.

<sup>312</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>313</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 74-76.

morte cerebral, a vontade familiar iria prevalecer, ferindo de forma brusca a autonomia do outorgante, o que é inadmissível<sup>314</sup>.

Significa dizer que, é válido o testamento vital no Brasil mesmo com a presença de uma lacuna normativa, já que este instrumento está comprovadamente respaldado precipuamente pelos princípios constitucionais. Apenas destaca-se que “a feitura de uma lei específica teria o condão de garantir a segurança jurídica de que a vontade do paciente seria respeitada e mais, de que os médicos não seriam punidos por cumprir essa vontade”<sup>315</sup>.

### 3.3 RESOLUÇÃO 1.805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Não raro, pessoas com doenças em estágio terminal, comprovadamente sem chance de cura, são submetidas a terapias e tratamentos que violam suas vontades e a própria dignidade humana. Na medida em que os doentes não possuem mais chances de cura, a fim de evitar tratamentos degradantes, evoca-se o direito de morrer com dignidade<sup>316</sup>.

Foi diante desse panorama que o Conselho Federal de Medicina (CFM), editou a Resolução n. 1.805/2006, “cujo preâmbulo permite ao médico limitar ou suspender, na fase terminal de enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente – e dispõe sobre a manutenção dos cuidados indispensáveis para aliviar o sofrimento”<sup>317</sup>.

A resolução editada, permitiu expressamente que o médico respeitasse a vontade da pessoa ou de seu representante legal, de não ser submetido a procedimento que apenas prolonguem a vida<sup>318</sup>.

Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de

---

<sup>314</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

<sup>315</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 76.

<sup>316</sup> BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina: Efetivação do direito de morrer com dignidade*. Disponível em: < <http://bit.ly/2gbg4NF> >. Acesso em 04.11.2016.

<sup>317</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 530.

<sup>318</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.

enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal<sup>319</sup>.

Ainda que a presente resolução vincule apenas a comunidade médica, a sua aprovação foi parar nos tribunais tendo em vista as suas repercussões sociais. O Ministério Público Federal, em detrimento do avanço que esta resolução trouxe para a prática médica e para o reconhecimento da autodeterminação do paciente terminal, ajuizou uma ação civil pública (n. 2007.34.00.014809-3) questionando, em síntese, o poder do Conselho Federal de Medicina de regulamentar a ortotanásia, conduta que entendia como crime<sup>320</sup>.

Com um raciocínio puramente legalista, em sede de tutela antecipada, suspendeu-se os efeitos da resolução, sob o argumento de que a conduta da ortotanásia caracterizava crime de homicídio no Brasil, nos termos do artigo 121 do Código Penal, pois, conforme o entendimento do magistrado, se há um projeto de lei propondo descriminalizar a ortotanásia (anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal), é porque, atualmente ela é crime e, portanto, não seria possível que uma norma deontológica médica fizesse o papel de legislador<sup>321</sup>.

O posicionamento apresentado na concessão da liminar, segundo Luciana Dadalto<sup>322</sup>, não coaduna com um Estado Democrático de Direito já que não se trata de mera questão legislativa, pois o que está em jogo é uma interpretação constitucional de direitos fundamentais.

A ortotanásia é constitucional, independentemente de haver ou não modificação no artigo 121 do Código Penal, pois o que define a constitucionalidade de um instituto não é a sua perfeita conformação a algum diploma legal e sim sua adequação à regras e/ou princípios constitucionais e a ortotanásia é, essencialmente, garantidora da autonomia privada, por ser uma prática afeta à autodeterminação do sujeito, de modo que independe de normatização do instituto, por decorrer da principiologia constitucional<sup>323</sup>.

Sob este enforque, a ortotanásia deve ser encarada como prática terapêutica, garantidora da dignidade do paciente em estado de terminalidade e de sua autonomia, não podendo ser vista

---

<sup>319</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.805/2006*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 04.11.2016.

<sup>320</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155-163.

<sup>321</sup> DISTRITO FEDERAL. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Brasília, 23 out. 2007. Disponível em: [www.df.trf1.gov.br/inteiro\\_teor/doc\\_inteiro\\_teor/14vara/2007.34.00.014809-3\\_decisao\\_23-10-2007.doc](http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc)

<sup>322</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155-163.

<sup>323</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 70.

como atividade criminosa, até porque, diante de uma morte inevitável, os instrumentos de cura podem facilmente se transformar em ferramentas de tortura<sup>324</sup>.

As alegações finais do MPF na ação civil pública foram favoráveis à tese defendida pelo CFM e o juiz em sentença, julgou improcedente o pedido, reconhecendo a legitimidade da Resolução n. 1.805/2006.

Extrai-se da ação que o mesmo magistrado que, em sede de decisão liminar, suspendeu a eficácia da resolução, afirmou na sentença que a medicina deixa “uma era paternalista, superprotetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano”<sup>325</sup>.

Percebe-se assim que o magistrado entendeu o avanço médico relativo aos cuidados paliativos e aos tratamentos extraordinários. Aliás, a compreensão de tais conceitos é de extrema importância na averiguação da validade de determinadas disposições do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro em consonância com os princípios da ética médica, já que, “de nada adianta haver disposições na declaração prévia de vontade do paciente terminal se as mesmas não serão postas em práticas pelos médicos, por afrontarem princípios basilares da ética em cuidados com o paciente terminal”<sup>326</sup>.

A presente resolução demonstrou um grande avanço à preservação da autonomia e dignidade do paciente terminal ao legitimar a suspensão ou limitação de tratamentos extraordinários, diante da expressa autorização do paciente terminal. Pode-se dizer que a resolução n. 1.806/05 CFM, autoriza práticas ligadas à ortotanásia e considera o paciente como protagonista do seu próprio tratamento<sup>327</sup>.

Nesse contexto, o fundamento primário da resolução em questão é afastar o prolongamento artificial da vida e possibilitar ao paciente o direito a uma morte segundo suas convicções e valores. Nota-se de quebra a desconstrução do paternalismo médico enraizado.

---

<sup>324</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155-163.

<sup>325</sup> DISTRITO FEDERAL. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Brasília, 23 out. 2007. *Sentença*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 04.11.2016.

<sup>326</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 530.

<sup>327</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 57-82.



Àquela relação médico/paciente hierarquizada, deixa de existir, e ganha lugar uma relação dinâmica entre o profissional da saúde e o paciente<sup>328</sup>.

### 3.4 RESOLUÇÃO 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A Resolução n. 1.995/2012 é a primeira regulamentação sobre as diretivas antecipadas no Brasil, com ela o Conselho Federal de Medicina segue a tradição de se posicionar sobre temas bioéticos antes do Poder Legislativo. O CFM optou por reconhecer, em um mesmo documento, o testamento vital e o mandato duradouro, fato não compreendido pela imprensa brasileira que com frequência se refere à aprovação exclusiva do testamento vital<sup>329</sup>.

A Resolução tem o escopo de garantir o direito de decisão do paciente sobre como almeja conduzir os últimos momentos de sua vida, resguardando assim a dignidade da pessoa humana. Estabelece que o médico está vinculado à manifestação de vontade do paciente expressa antecipadamente<sup>330</sup>. “A perda da consciência e da capacidade de tomar decisões e comunica-las no estágio final da vida não pode tirar do indivíduo o poder de decidir seu projeto de vida de forma antecipada”<sup>331</sup>.

Interessante notar que a Resolução, em seus fundamentos, precisamente em seus “considerandos”, faz referência ao paciente em estado terminal, e na exposição de motivos, ao paciente em fim de vida. Ocorre que essas expressões não são sinônimas e podem gerar uma confusão na elaboração e aplicação das diretivas antecipadas. Paciente terminal diz respeito aquele cuja condição é irreversível e a morte é algo inevitável em um curto espaço de tempo, sendo que, os pacientes em fim de vida abrange tanto os terminais quanto aqueles que estão em estado de coma profundo e irreversível, ou ainda em estado vegetativo persistente (EVP)<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 282-301.

<sup>329</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v.21, n. 01, 2013, p. 106-112.

<sup>330</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2691-2698.

<sup>331</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2692.

<sup>332</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v.21, n. 01, 2013, p. 106-112.

Diante do uso dessas expressões, poder-se-ia entender que a Resolução n. 1.995/2012 estaria dedicada a ter validade de forma ampla, ou seja, não apenas em situações de terminalidade, fato que restou esclarecido pelo CFM<sup>333</sup>.

Em nota de esclarecimento o CFM dispôs que esta resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia, esclarecimento este que teve o condão de reafirmar um limite inerente ao instituto: a impossibilidade de conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas. Assim, como a eutanásia é proibida no Brasil e a ortotanásia é permitida, conforme entendimento judicial advindo do julgamento de mérito da ação civil pública 2.007.34.00.014809-3, a resolução -logicamente- acata esta determinação<sup>334</sup>.

De fato, o que a resolução efetivamente fez foi reconhecer o direito de o paciente optar por receber ou não os tratamentos extraordinários, aqueles que não trazem nenhum benefício real já que a morte é inevitável, àqueles tratamentos que apenas prolongam a vida obstruindo a qualidade de vida do paciente<sup>335</sup>. Não se trata, portanto, de eutanásia – indução intencional da morte, a pedido do paciente -, o que se garante é a ortotanásia, a possibilidade de ter uma morte digna, ou seja, a morte no tempo certo, deixando a natureza seguir seu curso<sup>336</sup>.

A inovação feita pela Resolução n. 1.995/2012 em território nacional foi consagrar o prevalecimento da autonomia da vontade do paciente e da dignidade da pessoa humana no processo de morte através das Diretivas Antecipadas<sup>337</sup>. “Com ela, os tratamentos médicos extraordinários e a obstinação da família (muitas vezes insana) em curar o seu ente querido, foram rechaçados visando o bem estar e os desejos do enfermo, consolidando novos paradigmas médicos”<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 273-277.

<sup>334</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

<sup>335</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v. 21, n. 01, 2013, p. 106-112.

<sup>336</sup> VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Revista Bioética. v. 16. n. 01, 2008, p. 61-83.

<sup>337</sup> CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15785](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785)>. Acesso em 02.11.2016.

<sup>338</sup> CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15785](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785)>. Acesso em 02.11.2016.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos emanados pela resolução, é necessário lembrar que o CFM não tem competência para legislar, portanto não se pode a partir desta Resolução admitir a legalização das diretivas antecipadas de vontade no país<sup>339</sup>.

Embora a resolução não deixe claro quais são os sujeitos que possuem capacidade de fazer as diretivas antecipadas, a imprensa divulgou que apenas pessoas maiores de 18 anos ou menores emancipados estariam aptos a elaborar tal documento. Entretanto, esta informação não é absoluta. No concreto, o necessário na feitura das diretivas antecipadas é o discernimento do outorgante, haja vista que o questionamento foco é a capacidade de o paciente tomar uma decisão livre e consciente e não a capacidade deste moldada segundo os preceitos do Código Civil de 2002<sup>340</sup>.

No que tange aos tratamentos que podem ser objetos de aceito ou recusa por parte do outorgante na elaboração de uma diretiva antecipada de vontade, Luciana Dadalto<sup>341</sup> defende que a mera afirmação de que o paciente pode recusar apenas os tratamentos extraordinários não é satisfatória sem ao menos definir quais são eles, tendo em vista que existem pontos polêmicos sobre a classificação de certos tratamentos ou procedimentos, especialmente no que diz respeito a suspensão de hidratação e nutrição. Nesse viés se faz imperioso a criação de uma legislação federal que abarque essa situação.

Sobre o aspecto formal, o CFM, por ser um órgão de classe, não possui competência para definir a obrigatoriedade do registro das diretivas antecipadas em cartório. No entanto, na visão de Luciana Dadalto<sup>342</sup>, tal formalidade é indispensável para garantir a segurança jurídica, de modo a não se correr o risco de que a declaração se torne inócua.

Na opinião de Barcellos e Bussinguer<sup>343</sup>, o simples registro no prontuário do paciente feito pelo médico que o assiste, já emana efeitos legais, pois o profissional da saúde possui fé pública em razão de sua profissão, sendo inclusive dispensada as exigências de testemunhas.

O que importa, seja em documento escrito e registrado em cartório, seja em simples registro no prontuário ou ficha médica, é que se deixe claramente

---

<sup>339</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

<sup>340</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v.21, n. 01, 2013, p. 106-112.

<sup>341</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

<sup>342</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v.21, n. 01, 2013, p. 106-112.

<sup>343</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2691-2698.

registrado que o indivíduo se encontra lúcido, orientado e plenamente consciente das decisões que toma e dos desdobramentos dela<sup>344</sup>.

As diretivas antecipadas de vontade muitas vezes despertam descontento entre os familiares. Nesse contexto, a Resolução n. 1.995/12 trouxe uma importante previsão no que diz respeito a discordância da família quanto às cláusulas elencadas no testamento vital. O artigo 2º, §3º vem afirmar que a vontade exposta pelo paciente prevalecerá sobre qualquer outro parecer que não seja médico, inclusive sobre os desejos de seus parentes<sup>345</sup>.

Adiante, quanto as críticas, uma das mais relevantes diz respeito ao papel do médico na feitura do documento. A Resolução previu, no §4º do artigo 2º, a obrigação do médico em registrar as vontades manifestadas pelo paciente no prontuário. Ao assim dispor, deixou de dar a devida importância do papel do médico na feitura das DAV, causando a impressão de passividade frente as decisões tomadas pelo paciente<sup>346</sup>.

Isto porque o papel do médico vai muito além de transcrever a vontade do paciente. Cabe ao profissional, como técnico esclarecer quanto aos tratamentos e procedimentos que podem ou não ser recusados. Sendo assim, entende-se imprescindível a orientação do médico da família do declarante para realização das diretivas antecipadas, e é exatamente isso que garante que o paciente vai manifestar exatamente sua vontade no documento, afinal, paciente autônomo é aquele bem informado/esclarecido<sup>347</sup>.

A presente resolução prevê assim, a elaboração das diretivas antecipadas, as quais são instrumentos que balizam a conduta médica em situações de terminalidade. Garante que a autonomia do paciente deve ser respeitada mesmo quando este não estiver apto a tomar decisões consciente, pondo por terra o paternalismo médico que durante muitos anos foi o que dominou a relação médico paciente<sup>348</sup>.

Portanto, a resolução prevê que diante da ausência de capacidade de discernimento do paciente, e havendo uma diretiva antecipada de vontade previamente elaborada, a conduta médica vincula-se às cláusulas previstas, desde que, claro, em conformidade com a ética médica e o ordenamento jurídico brasileiro. “O ponto central e norteador da Resolução é a autonomia

---

<sup>344</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2692.

<sup>345</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 52.

<sup>346</sup> GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai, DADALTO, Luciana. *Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

<sup>347</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165-166.

<sup>348</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2691-2698.

do paciente, sujeito de sua história e de seu destino. O lugar do médico deve ser sempre o de condutor do processo terapêutico, e não o de senhor do destino de seus pacientes”<sup>349</sup>.

A Resolução n. 1.995/2012 do CFM, ainda que adstrita apenas a uma profissão e sem abarcar toda a dimensão do tema, não deixou de ser um marco histórico na consolidação das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil<sup>350</sup>.

Não há como deixar escapar o fato de que a resolução também prevê a possibilidade de designação de um procurador pelo paciente, o qual atuará na tutela dos interesses deste, fazendo valer sempre a vontade do outorgante. Pode-se assim dizer que “o CFM optou por reconhecer, em um mesmo documento, o testamento vital e o mandato duradouro, fato não compreendido pela imprensa brasileira – que frequentemente tem se referido à aprovação do testamento vital pelo Conselho”<sup>351</sup>.

A presente resolução foi igualmente alvo de uma Ação Civil Pública (n. 0001039-86.2013.4.01.3500) proposta pelo Procurador da República de Goiás, com a finalidade de declarar sua inconstitucionalidade, sob argumento de que ela extrapolava o poder regulamentador do CFM, colocava em risco a segurança jurídica, retirava da família o direito de decisão e configurava um instrumento inidôneo para o registro das diretivas antecipadas de pacientes<sup>352</sup>.

O pedido liminar restou indeferido, sob os seguintes argumentos: a) o CFM não extrapolou seu poder regulamentar, pois apenas dispôs sobre a conduta ética que deve ser tomada pelo médico quando estiver diante de uma manifestação de vontade; b) não houve alijo da família por parte da resolução, uma vez que protege o direito individual do paciente; c) não configurou dano a segurança jurídica, tendo em vista que nenhum direito foi retirado do cidadão, pelo contrário, concedeu-se a certeza de que, tendo manifestado sua vontade sobre tratamentos médicos, por meio de DAV, esta será cumprida. Por fim, o pedido liminar foi

---

<sup>349</sup> BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2692.

<sup>350</sup> BONAMIGO, Elcido Luiz; PAZINI, Andréia Martini; PUTZEL, Elzio Luiz. *O papel dos profissionais de saúde nas Diretivas Antecipadas de Vontade*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 249-272.

<sup>351</sup> DADALTO, Luciana. *Reflexos Jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*. Revista Bioética. v.21, n. 01, 2013, p. 106-112.

<sup>352</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

rechaçado porquê a resolução não estabeleceu documento para registro, apenas determinou aos médicos o dever de anotar a manifestação de vontade do paciente no prontuário<sup>353</sup>.

Da decisão que negou o pedido liminar se extrai, em linhas gerais, que a referida resolução “ é constitucional e se coaduna com o princípio constitucional da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento”<sup>354</sup>.

Salienta-se que esta decisão é um marco do direito brasileiro, pois é a primeira vez que o Poder Judiciário se manifestou sobre a dignidade da pessoa humana do paciente terminal, reconhecendo explicitamente o seu direito de autodeterminação<sup>355</sup>.

A sentença reconheceu a constitucionalidade da resolução. Conduto apontou a necessidade de legislação sobre o tema, sem falar que afirmou que “a resolução não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia”<sup>356</sup>, pois declara que as DAV valem para qualquer paciente que venha a ficar impossibilitado de manifestar-se.

Esta última afirmativa distorce por completo o instituto, uma vez que mundo a fora são utilizadas em caso de doenças ameaçadoras da vida, o que torna necessário o CFM se manifestar a respeito dessa sentença<sup>357</sup>.

Para a autora Luciana Dadalto<sup>358</sup>, a decisão apesar de muito boa no que diz respeito ao reconhecimento da vontade do paciente, perdeu a oportunidade de diferenciar as Diretivas Antecipadas de Vontade das figuras Testamento Vital e Mandato Duradouro, além de que, se restringiu ao âmbito médico e demais profissionais da saúde, sendo necessário a criação de uma lei específica que regule a questão.

---

<sup>353</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 273-287.

<sup>354</sup> BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. *Decisão Liminar em Ação Civil Pública* n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em 07. 11. 2016.

<sup>355</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 273-287.

<sup>356</sup> JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. *Sentença*. Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em 12.10.2016.

<sup>357</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

<sup>358</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

### 3.5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Sobre os aspectos jurídicos, levanta-se a questão de que o testamento vital é um instituto ainda pouco conhecido e estudado, o que leva a interpretações errôneas sobre seu âmbito de incidência e sua validade frente ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>359</sup>.

A pequena jurisprudência acumulada sobre testamento vital, é muito importante para a propagação desse instrumento de autonomia do paciente no Brasil. No entanto, não é raro encontrar vícios e confusões de institutos quando se invoca o testamento vital nas decisões, detalhes que se passa a analisar.

Muito antes de ser implementada a Resolução n. 1.995/2012 pelo CFM, houve um precedente, em 1990, em que um Juiz Titular da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, escreveu um testamento vital e o enviou para registro no 6º Ofício de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, com fulcro no artigo 127, VII da Lei nº 6.015/73, Lei de Registros Públicos<sup>360</sup>.

“Por meio deste testamento vital, denominado de ‘declaração de vontade’ para fins registrais, o outorgante esclarecia a quais tipos de tratamento gostaria de ser submetido caso se tornasse um paciente terminal e justificava sua decisão”<sup>361</sup>.

O oficial do 6º Ofício de Títulos e Documentos, valendo-se de sua suscitação de dúvida, questionou a possibilidade de registro desta declaração ao Juiz da Vara de Registros Públicos, a que o magistrado julgou improcedente a dúvida e ordenou a lavratura do documento, afirmando para tanto que ao Juiz da Vara de Registro Público, cumpre apenas verificar se o conteúdo do documento se coaduna com o Direito, sendo que o documento em questão se harmoniza com o Direito Positivo, na medida em que seu subscritor se limitou dispor de sua vida livremente, não havendo em nossa legislação qualquer norma a vedar tal conduta.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72-73.

<sup>360</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72-74.

<sup>361</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 73.

<sup>362</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72-74.

Esse caso levanta o questionamento da possibilidade de se usar a declaração unilateral de vontade como instrumento válido para operacionalizar o testamento vital. É de praxe a doutrina civilista utilizar a declaração unilateral de vontade como espécie de um negócio jurídico, ou seja, como ato de vontade voltado a produzir efeitos jurídicos. Assim, o questionamento, em verdade, volta-se a ideia de se é possível um negócio jurídico ter conteúdo existencial além do patrimonial já consolidado<sup>363</sup>.

No curso desse trabalho foi justamente defendida a ideia de que há sim a possibilidade de ocorrer negócios jurídicos que extrapolem o âmbito do patrimônio atingindo conteúdos de nossa existência. Extrai-se das autoras Luciana Penalva e Ana Carolina Teixeira que

como hoje a estrutura e o objeto do ordenamento brasileiro são diversos, abarcando hipóteses bem mais amplas do que outrora, inclusive, inúmeras hipóteses que geram repercussões na esfera pessoal do indivíduo, não há impedimento para se ampliar o objeto dos negócios, também para situações existenciais, vez que eles são atípicos<sup>364</sup>.

Por isso, não há impedimento de se utilizar de uma declaração unilateral de vontade para operacionalizar o testamento vital, uma vez que inexistente norma específica que discipline este instrumento<sup>365</sup>.

No dia 20 de novembro de 2013 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) julgou a Apelação Cível n. 70054988266<sup>366</sup>, tornando-se o primeiro acórdão brasileiro que, diante de um caso concreto, analisou o testamento vital. Infelizmente, da leitura da decisão se percebe que o paciente fez uma manifestação de recusa de tratamento e não de um testamento vital, já que não se encontrava em situação de fim de vida.

A referida decisão derivou de ação de Alvará Judicial para Suprimento de Vontade do Idoso, proposta pelo Ministério Público, na cidade de Viamão (RS), sendo o foco da discussão

---

<sup>363</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72-74.

<sup>364</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 74.

<sup>365</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 72-74.

<sup>366</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil n. 70054988266. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em 07.11.2016.



o direito de um idoso a recusar a amputação de um membro necrosado. “A decisão dos desembargadores foi pelo reconhecimento desse direito, tido por eles como constitucional, supostamente por constituir ortotanásia, através do desejo manifestado pelo paciente por um testamento vital, em conformidade com a Resolução n. 1.995/2012”<sup>367</sup>.

O recurso girava em torno de um idoso, que em pleno gozo de suas faculdades mentais, se recusava de forma veemente a ser submetido a um procedimento de amputação de seu pé esquerdo, uma vez que o membro estava em processo de necrose. Todavia, a recusa ao procedimento ensejaria a morte do enfermo. Assim, o Ministério Público requereu ao judiciário a realização da retirada de seu membro, aduzindo para tanto que a vida é um direito indisponível e o paciente estava incapacitado de gozar do direito de recusa à cirurgia por se encontrar em um quadro depressivo<sup>368</sup>.

Extraí-se do relatório do acórdão da apelação que o juiz singular indeferiu o pedido inicial argumentando que não havia nos autos prova do risco de vida do paciente e o mesmo encontrava-se capaz de recusar um tratamento médico. Foi a partir dessa decisão que o Ministério Público apelou, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pelo respeito à vontade do idoso de recusar o procedimento médico<sup>369</sup>. É o que se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA. À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir

<sup>367</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

<sup>368</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 277-279.

<sup>369</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil n. 70054988266. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em 07.11.2016.

tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

5. Apelação desprovida.

(TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013. Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013)<sup>370</sup>.

Muito embora tenha esta decisão reconhecido a primazia da vontade do paciente sobre a indisponibilidade do direito à vida, é preciso notar que não há nos autos informações de que o paciente se encontrava fora de possibilidade terapêutica, dando a entender que se tratava mais de um caso de recusa de tratamento, sem qualquer ligação com o fim da vida<sup>371</sup>.

Do corpo do acórdão, é necessário expor que os desembargadores entenderam que a manifestação de vontade do paciente é o chamado testamento vital figurado na Resolução n. 1.995/12 do CFM, que “prevê a possibilidade de a pessoa se manifestar a respeito, mediante três requisitos: (1) a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; (2) o paciente deve estar plenamente consciente; e (3) deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem”<sup>372</sup>.

Como se vê, dos três requisitos expostos para se estar diante de um testamento vital, dois estão ausentes. Explica-se. Sendo a recusa da amputação da perna feita no momento da necessidade do procedimento, a referida manifestação de vontade se deu justamente no momento da fase crítica não podendo ser considerada antecipada. Ademais, estando o paciente em um quadro de depressão, pode-se questionar o discernimento para externalizar sua vontade<sup>373</sup>.

---

<sup>370</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013.

<sup>371</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 277-279.

<sup>372</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil n. 70054988266. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em 07.11.2016.

<sup>373</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

Dessa maneira, como ressalta Luciana Dadalto<sup>374</sup>, ainda que os magistrados de primeira e segunda instância tenham reconhecido o quadro depressivo do paciente, não o levaram em consideração nas decisões judiciais. Sendo que diante da ausência de um laudo psiquiátrico, capaz de apurar o discernimento do paciente, não há como saber se sua recusa era de fato legítima.

A utilização do testamento vital de forma equivocada pode representar um retrocesso no que concerne à implementação das DAV no Brasil, pois abre-se um precedente perigoso para as futuras decisões<sup>375</sup>. Tanto é assim que é possível encontrar estudos desse acórdão que retiram a seguinte conclusão:

O paciente que desiste da vida, preferindo morrer a se submeter à cirurgia, tem a sua autonomia da vontade reconhecida na Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Esta manifestação, chamada pela norma de Testamento Vital, diz que não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário em detrimento da qualidade de vida do ser humano<sup>376</sup>.

Relembra-se que o “testamento vital é um documento de manifestação de vontade com relação a tratamentos e cuidados que a pessoa deseja se submeter quando estiver fora de possibilidades terapêuticas”<sup>377</sup>, e a decisão aqui estudada, em verdade se refere ao direito de um idoso em recusar a amputação de sua perna necrosada, o que não tem a ver com testamento vital.

No mais, outro avanço sobre as diretivas antecipadas de vontade ocorreu em maio de 2014, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o seguinte enunciado:

#### ENUNCIADO Nº. 37.

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não ser submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito<sup>378</sup>.

<sup>374</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 277-279.

<sup>375</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163-173.

<sup>376</sup> HOFFMANN, Eduardo. *Paciente pode rejeitar cirurgia que salvará sua vida*. Disponível em: <<https://professorhoffmann.wordpress.com/2013/>>. Acesso em 05.11.2016.

<sup>377</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176.

<sup>378</sup> ENUNCIADO n. 37. Da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em 06.11.2016.

Ainda que nobre e interessante a tentativa de dispor sobre o tema, o enunciado supracitado vai, também, de encontro com os estudos sobre as DAV no Brasil. É possível extrair várias críticas em relação ao enunciado n. 37 aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

Em primeiro lugar, não existe o termo Diretiva Antecipada de Vontade ou Declaração Antecipada de Vontade. O que de fato existe é a Diretiva Antecipada de Vontade e a Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal, sendo este último o nome sugerido pela autora Luciana Dadalto como sinônimo de Testamento Vital, espécie do gênero Diretiva Antecipada de Vontade<sup>379</sup>.

No mais, ao tratar apenas sobre as manifestações de vontade no que diz respeito aos tratamentos médicos, o enunciado restringiu o conteúdo das diretivas, que na verdade dispõem tanto sobre tratamentos quanto cuidados médicos<sup>380</sup>.

No mais, houve a omissão quanto a nomeação de um procurador de saúde, e se deixou de elucidar questões formais controversas como prazo de validade, possibilidade de decisão de incapaz com discernimento e especificação de quais os cuidados e tratamentos que podem ser objetos de disposições nas diretivas antecipadas de vontade<sup>381</sup>.

Por fim, quanto à forma, o enunciado ao equiparar as diretivas antecipadas de vontade a um negócio jurídico, pode ter deixado a impressão da necessidade de haver testemunhas na sua elaboração, o que não ocorre, sendo, portanto, mais cabível reconhecê-las como uma declaração unilateral de vontade, que autoriza a sua elaboração sem essa formalidade<sup>382</sup>.

No âmbito da jurisprudência brasileira a nível estadual há avanços consideráveis, principalmente no que diz respeito aos direitos dos pacientes terminais. O Estado de São Paulo, por exemplo, possui a Lei n. 10.241/1999, conhecida como “Lei Mário Covas”, que em seu artigo 2º, inciso XXIII, assegura ao usuário do serviço de saúde do Estado de São Paulo o direito

---

<sup>379</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176-178.

<sup>380</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176-178.

<sup>381</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176-178.

<sup>382</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176-178.

de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida<sup>383</sup>, direito este também abarcado pelas Leis n. 16.279, de Minas Gerais<sup>384</sup> e n. 14.254 do Paraná<sup>385</sup>.

Como se vê, essas legislações estaduais conferem aos pacientes terminais o poder de decisão sobre seus tratamentos, mas as disposições feitas pelos sujeitos de direito não surtirão efeitos em caso de inconsciência destes, frente a impossibilidade de manifestarem suas vontades. É nesse momento que o instituto do testamento vital brilha, pois ele vem garantir a autonomia dos pacientes justamente nessas situações<sup>386</sup>.

Após a análise de toda as normas e jurisprudências aqui expostas, resta claro que há um movimento do judiciário em aceitar a validade do testamento vital no Brasil, mesmo ante a inexistência de norma específica. “Ou seja, o testamento vital no atual ordenamento jurídico brasileiro é válido, pois está legitimado por princípios constitucionais, e tal situação já tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário”<sup>387</sup>.

Reitera-se que a elaboração de uma legislação específica se faz necessária, é preciso dispor sobre questões formais atinentes ao tema, ainda que o testamento vital se evidencie plenamente válido em nosso ordenamento.

### 3.6 PROPOSIÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO

Como visto, as decisões já existentes sobre o testamento vital demonstram que o Poder Judiciário não possui um critério uniforme para lidar com o tema, havendo incongruências e divergências.

---

<sup>383</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 290-302.

<sup>384</sup> “Art. 2º. São Direitos do usuário dos serviços de saúde no Estado: [...] XXI – recusar tratamento doloroso ou extraordinário”. Disponível em: < <http://bit.ly/2fIJns9> >. Acesso em 07.11.2016.

<sup>385</sup> Art. 2º. São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Paraná: [...] XXIX- recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida”. Disponível em: < <http://bit.ly/2fTdgUR> >. Acesso em 07.11.2016.

<sup>386</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 290-302.

<sup>387</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 178-181.

É diante desse cenário confuso e misto que este trabalho expõe preposições que, inspiradas em ordenamentos jurídicos alienígenas são possíveis e válidas em nosso ordenamento.

### 3.6.1 CONTEÚDO

Em linhas gerais, quanto ao conteúdo, o testamento vital nos países em que já o implementaram podem dispor sobre recusa ou aceite de cuidados e tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, deliberar sobre doação de órgãos e nomear um representante para a tomada de decisões<sup>388</sup>.

Como já debatido, quanto às disposições de recusa e/ou aceite de cuidados e tratamento, para serem válidas no ordenamento jurídico brasileiro, não poderão abarcar a recusa dos cuidados paliativos, “vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna”<sup>389</sup>. Assim, serão válidas as disposições que tratem dos tratamentos extraordinários/fúteis<sup>390</sup>.

A definição de tratamentos fúteis é uma tarefa difícil. O autor Rui Nunes<sup>391</sup> os definem como sendo intervenções que são invasivas e que não promovem uma melhora na qualidade de vida do paciente. Em linhas gerais, os tratamentos extraordinários estão diretamente relacionados com o (não) benefício que trarão ao paciente. A autora Luciana Dadalto<sup>392</sup>, os definem como procedimentos que não trarão qualquer benefício ao paciente no caso concreto, citando como exemplo a não intubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, ente outros.

Para Silva e Reis<sup>393</sup>, o termo “tratamento fútil” encontra espaço entre as definições de medidas extraordinárias e tratamentos desproporcionais. Sendo que, por medidas extraordinárias entendem como as condutas novas ou experimentais, normalmente caras e

---

<sup>388</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181-184.

<sup>389</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 535.

<sup>390</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 535.

<sup>391</sup> NUNES, Rui. *Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais*. Revista Bioética, 2009, v. 17, n.1, p. 29-39.

<sup>392</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181-184.

<sup>393</sup> REIS, Teresa Cristina da Silva; SILVA, Carlos Henrique Debenedito. *Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 397.

invasivas, heroicas e de tecnologia complexa. Ao passo que definem tratamentos desproporcionais como aqueles que embora capazes de gerar algum benefício, o fazem a custas de muito sofrimento, em grosso modo, são de alto custos com pobres resultados finais. Assim, por fútil entendem como aqueles tratamentos que não tem a chance de trazer benefícios ou atingir seus objetivos no paciente.

Ainda na temática tratamentos extraordinários/fúteis, talvez a maior controvérsia repouse no assunto da suspensão da hidratação e nutrição artificial, o que atrai a necessidade de legislar sobre o tema, definindo quais seriam os tratamentos possíveis de disposições<sup>394</sup>.

Os críticos sustentam que tanto a nutrição como hidratação são procedimentos básicos e que suspendê-los configuraria eutanásia<sup>395</sup>. Falar desse assunto remete a ideia de que o paciente morrerá de fome e sede, situação que gera repulsa aos familiares e causa conflitos éticos entre os médicos. Conduto, afirma Luciana Dadalto que “cientificamente, é unânime o entendimento de que a nutrição e a hidratação são tratamentos médicos que substituem uma função, assim como a ventilação mecânica e a diálise e, como tal, podem ser suspensos”<sup>396</sup>.

No que diz respeito à doação de órgãos, esta deliberação, no Brasil, desnatura o instituto, pois o testamento vital é, por essencial, um negócio jurídico com efeito intervivos, sendo seu principal objeto a garantia da autonomia do sujeito no que diz respeito aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade, ou seja, enquanto ainda vivo. Há também que se destacar que a doação de órgãos no Brasil já possui previsão legal (Lei n. 9.434/1997), sendo que para a efetivação da doação, basta seguir os ditames daquela legislação. Portanto, no Brasil, seria contrário ao ordenamento a disposição acerca de doação de órgãos no testamento vital<sup>397</sup>.

Sobre a nomeação de um representante, na verdade, se analisa a possibilidade de juntar um testamento vital com um mandato duradouro, ou seja, “a disposição que nomeia um representante não é, em verdade, uma disposição de conteúdo do testamento vital e, sim, a

---

<sup>394</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 273-287.

<sup>395</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 273-287.

<sup>396</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 280-282.

<sup>397</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181-184.

inclusão do mandato duradouro neste instituto”<sup>398</sup>, situação válida no ordenamento jurídico brasileiro, respaldada pela Resolução n. 1.995/2012 do CFM.

Ademais, o testamento vital, no Brasil, não poderá conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico pátrio, por esse motivo, ressalta-se que será ineficaz a disposição que prever a eutanásia<sup>399</sup>.

### 3.6.2 FORMA

A Espanha possui uma tradição jurídica parecida com a brasileira. Neste país o testamento vital poderá ser feito de forma pública, ou seja, registrado em cartório por meio de escritura pública sem presença de testemunhas e na forma privada, devendo ser o documento assinado por testemunhas. Incluiu-se nesse sistema jurídico um Registro Nacional de Instruções Prévias, subordinado ao Ministério da Saúde, totalmente informatizado<sup>400</sup>.

No Brasil, a lavratura do testamento vital por escritura pública perante um notário garantiria a segurança jurídica do instrumento. Para maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, impedindo que sua declaração se torne inócua, seria prudente a criação de um banco nacional de declarações de vontade. Existindo assim esse banco nacional de testamentos vitais, o cartório encaminharia o documento ao Registro Nacional. Deste modo, o testamento vital só seria feito de forma pública<sup>401</sup>.

Sobre o assunto, há um portal online desenvolvido pela pesquisadora Luciana Dadalto que tem o propósito de centralizar as informações sobre os testamentos vitais elaborados no Brasil<sup>402</sup>. O *site* “testamentovital.com.br” é o primeiro registro nacional de testamentos vitais, chamado RENTEV. A proposta do portal consiste em ser que

[...] toda a pessoa que tiver um testamento vital archive o formato digital no RENTEV. Para o envio é necessário um cadastro prévio, com a criação de um *login* e uma senha. Assim, caso a pessoa deseje, pode passar estes dados para um responsável por informar à família e aos médicos acerca da existência deste documento e como acessá-lo<sup>403</sup>.

---

<sup>398</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>399</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181-184.

<sup>400</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>401</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187-189.

<sup>402</sup> PORTAL ONLINE. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/sobre-o-portal/>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>403</sup> PORTAL ONLINE. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/sobre-o-portal/>. Acesso em: 20.11.2016.



O *site* recomenda que o registro também seja feito em um cartório à escolha do declarante, para resguardar ainda mais suas declarações de vontade. O portal não se dedica a elaborar o testamento, mas orienta os procedimentos a serem feitos, e concede a possibilidade de armazenar o testamento vital no portal online, RENTEV. Aliás, cabe destacar que para o *site* “a lavratura de uma escritura pública, perante os tabeliões de notas, é de extrema importância para garantir a efetividade deste, uma vez que os tabeliões possuem fé pública”<sup>404</sup>. Ademais, entendem que o testamento vital deve ser anexado ao prontuário médico.

Do ponto de vista médico, consta na resolução n. 1.995/2012 do CFM no artigo 2º, parágrafo 4º que “o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”<sup>405</sup>. Portanto, recomenda-se que a declaração prévia de vontade do paciente terminal seja anexada ao prontuário com o escopo de informar à equipe médica que o paciente a possui<sup>406</sup>.

Diante do fato que o preenchimento do prontuário é competência do médico, será ele o encarregado de proceder a anotação da existência de tal instrumento no prontuário<sup>407</sup>.

Importante refletir que não se trata de um instituto médico, mas sim jurídico. O fato de haver a possibilidade de anexar o testamento vital ao prontuário, pode dar a impressão de que este instrumento seja um documento médico/hospitalar e não o que ele é de fato, ou seja, um documento de manifestação de vontade autônoma do paciente. O registro do testamento vital deve ser tutelado pelo Estado, sendo importante estudar a experiência externa para legislar sobre o tema no Brasil<sup>408</sup>.

Na visão de Ernesto Lippmann<sup>409</sup>, para ser válido o testamento vital deve ser digitado, impresso e assinado pelo testador sem rasuras, sendo que para evitar qualquer contestação jurídica o autor indica o registro em cartório com a presença de duas testemunhas, ou o cumprimento das exigências do artigo 1.876 do Código Civil.

---

<sup>404</sup> PORTAL ONLINE. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>405</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012, artigo 2º, §4º.

<sup>406</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 280-284.

<sup>407</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>408</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 280-284.

<sup>409</sup> LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital, o direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013, p. 38-39.

### 3.6.3 DISCERNIMENTO

A capacidade de fato, no Brasil, é adquirida quando o indivíduo alcança a faixa etária fixada por lei. Esse critério etário não leva em consideração a capacidade de o sujeito tomar uma decisão que possui o pleno conhecimento e ciência do que está requerendo<sup>410</sup>.

Os critérios predefinidos em lei, portanto, impossibilitam muitas vezes indivíduos detentores do pleno discernimento do seu ato, de exercerem seus direitos de personalidade, violando a dignidade humana. Desta feita, ainda que o sujeito esteja acometido por enfermidade ou deficiência mental, se possui pleno discernimento, deverá ter o direito de exercer sua autonomia através do testamento vital, mediante autorização e reconhecimento do Poder Judiciário<sup>411</sup>.

Destaca-se que o pedido somente poderá ser negado se restar comprovado a ausência de discernimento para a prática do ato em questão<sup>412</sup>.

O portal online do testamento vital, defende que:

É necessário que o indivíduo seja capaz, segundo os critérios da lei civil. Ou seja, tenha mais de 18 (dezoito) anos e se enquadre em nenhuma situação de incapacidade a posteriori. Contudo, entendemos que uma pessoa que seja menor de 18 anos pode fazer o testamento vital, desde que haja autorização judicial, baseada no discernimento desta pessoa. Ou seja, na prova de que, ainda que seja incapaz pelo critério etário escolhido pelo legislador brasileiro, possui discernimento para praticar tal ato<sup>413</sup>.

### 3.6.4 PRAZO DE VALIDADE

Há países que implementaram o testamento vital com um prazo de validade, sob o argumento de que este é um documento dinâmico e não pode ser esquecido depois de elaborado. É o caso de Portugal em que a Lei n. 25/2012, estipula um prazo de cinco anos para a validade do documento<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 280-282.

<sup>411</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187-189.

<sup>412</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>413</sup> PORTAL ONLINE. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>414</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

Todavia, a autora Luciana Dadalto<sup>415</sup> discorda dessa necessidade de haver prazo de validade por entender que o documento é em sua essência revogável, podendo ser a qualquer tempo modificado, suspenso ou extinto pelo outorgante. A estudiosa chega a comparar este instituto com o testamento civil, também revogável a qualquer momento.

Prudente esclarecer uma vez mais que, diante de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro estas tornam-se automaticamente revogadas, sem efeito. Ademais, se houve nova técnica médica que tenha a possibilidade de retirar o paciente do estado de enfermidade que se encontra, a recusa feita no testamento vital não será levada em consideração, sob pena de violar todos os objetivos que o instrumento se destina<sup>416</sup>.

Dessa maneira, pode-se afirmar que “o testamento vital vale até que o paciente o revogue”<sup>417</sup>, não havendo um prazo de validade específico.

### 3.6.5 EFICÁCIA

A eficácia do testamento vital se dá a partir da inscrição do instrumento no prontuário médico, pois ainda que ele seja oponível *erga omnes* a partir da lavratura da escritura pública pelo notário, sua eficácia médica se perfaz apenas com a inscrição no prontuário<sup>418</sup>.

---

<sup>415</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187-190.

<sup>416</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, v. 17, n. 3, 2009, p. 523-543.

<sup>417</sup> PORTAL ONLINE. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>418</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 190-191.

## CONCLUSÃO

Constatou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 colocou o ser humano no centro do ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo o princípio da autonomia privada. Disso posto, restou evidenciado que a pessoa humana tem o direito de escrever o roteiro de sua própria vida conforme seus valores e crenças, podendo, inclusive, suas decisões gerarem efeitos no futuro. Portanto, situações em que se evidencia a perda da capacidade e consciência do sujeito de tomar decisões, não possui condão de priva-lo do exercício de sua autonomia.

Como visto, o documento apto a garantir o direito de decisão do indivíduo em uma situação de impossibilidade de se autodeterminar é as diretivas antecipadas de vontade. O testamento vital revelou-se como a expressão da autonomia do sujeito em situação de terminalidade, sendo um evidente garantidor da dignidade humana.

Conquanto a carência normativa específica acerca do testamento vital no Brasil, a consonância de normas constitucionais e infraconstitucionais fornece aparato para a defesa da validade deste instituto no ordenamento jurídico nacional. Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada, da Liberdade, bem como da proibição de tratamento desumano, fornecem estrutura suficiente para se defender o testamento vital.

Ao dar a garantia de decisão sobre os tratamentos aos quais se deseja submeter em situações de terminalidade da vida, o testamento vital evita a submissão aos esforços terapêuticos extraordinários, o que por sua vez, o evidencia como um instrumento capaz de garantir o artigo 15 do Código Civil, já que possibilita a recusa do paciente aos tratamentos médicos fúteis.

A validade do testamento vital, por muitas vezes encontra óbices em argumentos que o consideram como um documento legitimador da eutanásia. Todavia, tais alegações são infundadas e decorrem de uma falta de conhecimento aprofundado sobre este instituto. O reconhecimento do testamento vital em nada tem a ver com a autorização de práticas juridicamente vedadas. Pelo contrário, se defende um direito concreto à morte como um exercício de uma vida livre.

Em outras palavras, a liberdade assegurada constitucionalmente reconhece a vida como um direito e não um dever, assegurando-se ao sujeito de direito o livre arbítrio de escolher como

viver sua vida, e não escolher entre morrer ou viver. É a simples permissão de dar ao detentor de autonomia a possibilidade entre como deseja viver seu processo de morte. Não se propõem abreviar a vida, mas sim humanizá-la.

Desta feita, de modo algum o testamento vital coaduna-se com atitudes ilícitas como o suicídio assistido e a eutanásia. Porquanto, o direito à vida não infere a ideia de se viver a qualquer custo, não se reduz ao sentido meramente biológico, engloba todo o processo de identidade e liberdade.

Estando vigente e tendo sido reconhecida como constitucional, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.995/2012, vincula os médicos e os familiares às cláusulas dispostas no testamento vital, até porque o princípio basilar deste documento é a proteção ao direito de autodeterminação. Cabe a ressalva de que o médico detém o direito à objeção, sendo que ao invoca-lo deverá encaminhar o paciente a outro profissional.

Percebe-se que com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, autonomia privada e liberdade, em conjunto com as resoluções do Conselho Federal de Medicina, quais sejam Resolução n. 1.805/06 e n. 1.995/12, bem como com as normas legais estudadas (art. 15 do Código Civil e Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça), o testamento vital evidencia-se válido.

Portanto conclui-se que, embora ausente a previsão legislativa do testamento vital, este instituto é possível, válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um mecanismo essencial na busca da garantia da autonomia do paciente terminal.

Logo, a validade do testamento não está submetida à positivação, porquanto há princípios jurídicos aptos a validarem essa manifestação da vontade, independente de lei específica.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Rubem. *Sobre a morte*. Revista Bioética: Brasília, vol. 13, n. 2, 2015.
- ALMADA, Hugo Rodriguez. *La legislacion uruguaya sobre las directivas de voluntad anticipada*. In: DADALTO, Luciana (cord.). *Bioética e Diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Primas, 2014, p. 199-212.
- BARBOZA, H.H.; MENEZES, R. A.; PEREIRA, T. S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* In: BARBOZA, H.H.; MENEZES, R. A.; PEREIRA, T. S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31-34.
- BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas Antecipadas de Vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 10. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Orgs). *Bioética & Longevidade humana*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2006.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética, Cuidado e Humanização*. Vol. 1. *Bioética: das origens à contemporaneidade*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola: IBCC Centro de Estudos, 2014.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética, Cuidado e Humanização*. Vol. 2. *Sobre o cuidado respeitoso*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola: IBCC Centro de Estudos, 2014.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo (Orgs.). *Bioética, Cuidado e Humanização*. Vol. 3. *Humanização dos cuidados de saúde e tributos de gratidão*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola: IBCC Centro de Estudos, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campo. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida?* In: BARBOZA, H.H.; MENEZES, R. A.; PEREIRA, T. S. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, p. 175-212, 2010.

BERMEJO, José Carlos; BELDA, Rosa María. *Testamento Vital: diálogo sobre a vida, a morte e a liberdade*. São Paulo: Loyola, 2015.

BERTI, Silva Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. *O papel da bioética na promoção do sujeito*. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prisma, 2014.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente*. Revista de Bioética y Derecho, núm. 26, setembro 2012, p. 22-30. Disponível em: < <http://bit.ly/2f2ID0a> >. Acesso em 04.11.2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Revista Jus Navigandi, ano 10, n. 871, 21 nov 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571>>. Acesso em 7 out. 2016.

BONAMIGO, Elcido Luiz; PAZINI, Andréia Martini; PUTZEL, Elzio Luiz. *O papel dos profissionais de saúde nas Diretivas Antecipadas de Vontade*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prisma, 2014, p. 249-272.

BURLA, Claudia. *Cuidados ao fim da vida: uma preocupação da Prática da medicina geriátrica*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 119- 124.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. *O direito de viver a própria morte e a sua constitucionalidade*. Ciência & Saúde Coletiva, vol 18, n. 9, 2013, p. 2691-2698. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n9/v18n9a24.pdf>. Acesso em 21.10.2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26.09.2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://bit.ly/1hBawae>>. Acesso em: 25.09.2016.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm) >. Acesso em 02.10.2016.

CALLEGARI, Desiré Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. *Consentimento livre e esclarecido na anestesiologia*. Revista Bioética, vol. 18, n. 2, 2010, p. 363-372.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.805/2006*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em 15.11.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Disponível em: <<http://bit.ly/207VBbw>>. Acesso em: 15.11.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931*, de 19 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://bit.ly/2fvK87X>>. Acesso em: 30.09.2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil*, Brasília, outubro/2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2bs9uhY>>. Acesso em: 10.10.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*, em 15 de maio de 2014. São Paulo/SP. Disponível em: <<http://bit.ly/2dfMyE6>>. Acesso em 06.11.2016.

CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fUvnbK>>. Acesso em 02.11.2016.

DADALTO, Luciana. *A implementação das DAV no Brasil: Avanços, Desafios e Perspectivas*. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014, p. 273-287.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana (coord.). *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prismas, 2014.

DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS Unai. *Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro*. Revista Bioética, v.21, n. 3, 2013, p. 463-476.

DISTRITO FEDERAL. *Processo nº 2007.34.00.014809-3*. Brasília, 01 de dezembro de 2007. Sentença. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 27.09.2016.



FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.

FERREIRA, Carolina Sousa de Araujo; MARTINS, Camila Araújo. *O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: sua análise ante a autonomia da vontade e uma análise crítica sob o prisma do direito comparado*. Disponível em: < <http://bit.ly/2eYFBH6>>. Acesso em: 05.10.2016.

GUTIERREZ, P. *O que é o paciente terminal?* Rev. Assoc. Med. Brasil 2001, abr/jun; Vol.47, n.02 p.92. Disponível em: <<http://bit.ly/2fXmdg3>>. Acesso em 01.10.2016.

HOFFMANN, Eduardo. *Paciente pode rejeitar cirurgia que salvará sua vida*. Disponível em: <<https://professorhoffmann.wordpress.com/2013/>>. Acesso em 05.11.2016.

IBDFAM, *Direito à morte digna gera polêmica no Brasil, 15.02.2013*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias>>. Acesso em 30 maio de 2016.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. *Decisão Liminar*. Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em 28.10.2016.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. *Sentença*. Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em 12.10.2016.

GLATZER, Richard; WESTMORELAND, Wash. *“Para sempre Alice”*. Drama. Duração: 1 h e 41 min, 2014.

KIPPER, Délio J. *et al.* Decisões médicas envolvendo o fim da vida – o desafio de adequar as leis às exigências éticas”. In. *Jornal de Pediatria*, v. 76, n. 6. Disponível em: <<http://www.jped.com.br/conteudo/00-76-06-403/port.pdf>>. Acesso em: 14.10.2016.

KOVÁCS, Maria Júlia. *Autonomia e o direito de morrer com dignidade*. Revista Bioética, v.6, n. 1, p. 61-69, 1998.

KUTNER, Luis. *Due Process Of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*. Indiana Law Journal. V. 44, p. 539-554, 1969. Disponível em: <<http://bit.ly/2fUlgDD>> Acesso em: 15.10.2016.

KRAUSS, Dan. *“Extremis”*. Documentário Netflix. Drama. Duração 25 min, 2016.

LEBEAU, Bernard. *A eutanásia e a livre escolha. Le monde*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511735-a-eutanasia-uma-livre-escolha>>. Acesso em 27.10.2016.

LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital, direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

MARREIRO, Cecília Lôbo. *O Direito à Morte Digna. Uma análise ética e legal da Ortotanásia*. Curitiba: Appris, 2014.

MARQUES, Filho José. *Termo de consentimento livre e esclarecido na prática hematológica*. Rev. Bras Reumatol, 2011, vol. 51, n. 2, p. 175-183. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbr/v51n2/v51n2a07.pdf>>. Acesso em 10.09.2016.

MATOS, Gilson Ely Chaves de. *Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica*. Revista Bioética, Brasília, v. 15, n. 2, 2007, p. 196-213.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Governo do Estado. Lei n. 16.276, de 20 de julho de 2006. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 21.07.2006. Disponível em: Disponível em: <<http://bit.ly/2fvPfoC>>. Acesso em 07.11.2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. *Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites*. Revista Bioética. V. 22, n. 2, 2014, p. 241-251.

NUNES, Rui. *Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais*. Revista Bioética, 2009, vol. 17, n. 1, p. 29-39.

PAIVA, Fabianne Christine Lopes; ALMEIDA JR, José Jailson de, DAMÁSIO, Anne Christine. *Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida*. Revista Bioética, vol. 22, n. 03, 2014, p. 550-60.

PARANÁ. Governo do Estado. Lei n. 14.254, de 04 de dezembro de 2003. Prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do Sistema Único de Saúde- SUS e dá outras providências. Diário Oficial, Curitiba. Disponível em: <<http://bit.ly/2fTdgUR>>. Acesso em: 07.11.2016.

PESSINI, Léo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2004.

PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

PESSINI, Léo. *Distanásia: Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001.

PESSINI, Léo. *Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo*. Revista Bioética. vol. 13, n. 2, 2005.

PESSINI, Léo. *Dignidade e elegância no final da vida: algumas reflexões bioéticas*. In: DADALTO, Luciana (coord.) *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: Prisma, p. 29-45.

PONA, Éverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Revista Bioética, 2009, vol 17, n.3, p. 523 – 543.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia*. Bioética, Brasília, v. 13, n. 2, p. 112-120, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.sinajur.org/artigo13a.php>>. Acesso em: 05.11.2016.

REIS, Teresa Cristina da Silva; SILVA, Carlos Henrique Debenedito. *Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coords). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 385-386.

ROSENVALD, Nelson. *Enquanto você dormia*. Disponível em: < <http://bit.ly/2f2udx3>>. Acesso em 26.10.2016.

ROSENVALD, Nelson. *Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade*. Disponível em: <<http://bit.ly/2fVYSxB>>, acesso em: 26.10.2016.

ROCHA, Andréia Ribeiro da, *et al.* *Declaração Prévia de vontade do paciente terminal: reflexões bioéticas*. Revista bioética, v. 21 n.1, 2013, p. 84-95.

RUGER, André. *Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber*. Belo Horizonte, 2007, p. 160. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RugerA\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf)>. Acesso em 30. 09. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Feire.; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. *D. Quixote de La Mancha*. Disponível em: <<http://bit.ly/1KBCAZ1>>. Acesso em: 26.09.2016.

SARLERT, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Laura Ferreira dos. *Testamento vital: uma saída “limpa”*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/testamento-vital-uma-saida-limpa-1636722>>. Acesso em: 02.11.2016.

SHARROCK, Thea; MOYES, Jojo. “*Como eu era antes de você*”. Drama. Duração 1 h 50 min, 2016.

SILVA, Henrique Batista e. *O princípio da dignidade humana na Constituição Brasileira*. Revista Bioética, vol. 18, n. 3, 2010, p. 573-587.

SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. *Possibilidade de Inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 2012/1, n. 18, p. 205-220. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em 02.11.2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva. Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Civil n. 70054988266. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em 07.11.2016.

VICENSI, Maria do Carmo. *Reflexões sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional*. Revista Bioética, vol. 24, n.1, 2016, p. 64-72.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. Revista Bioética, vol. 16, n.1, 2008, p. 61-83.

XIMENES, Rachel Letícia Curcio. *Testamento vital e o direito à dignidade*. Jornal Carta Forense. Acesso em: <[www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/testamento-vital-e-o-direito-a-dignidade/13080)>. Disponível em 09.06.2016.